Der Erwerb des Kommissionärpfandrechts
bei Nichtberechtigung des Kommittenten.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

bacc. jur. Johannes Otto
z. Zt. Referendar am Königl. Amtsgericht Werdau i. Sa.

AGAD.
LEGO BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske.
1909.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0049

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Die Personen des Kommissionsverhältnisses	5
§ 3.	Der Kommissionsvertrag	9
§ 4.	Der Besitz	12
§ 5.	Die Nichtberechtigung des Kommittenten	15
§ 6.	Der gute Glaube des Kommissionärs	25
§ 7.	Der Gegenstand des gesetzlichen Pfandrechts	29
§ 8.	Der Umfang des gesetzlichen Pfandrechts	41
§ 9.	Die Entstehung des Pfandrechts überhaupt, insbesondere dessen Rang	53

Literaturverzeichnis.

Anschütz u. **v. Völderndorff**, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 1874.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903.

Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches und Einführungsgesetzes. (Zit.: Denkschr.)

Deutsche Juristenzeitung, begründet von Laband, Stenglein, Staub.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. 1908.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 1—3. 1901. (Zit.: Dü.-Ha.)

Denecke, Der Erneuerungsschein (Talon). In Iherings Jahrbüchern Bd. 42 S. 353 f. (Zit. nach der alten Folge.)

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 1901.

Endemann, Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 3. 1885.

Fischer-Henle, Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. München 1904.

Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs. 8. Aufl. 1907.

Fuld, Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89 S. 402 f.

Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl. 1903.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2: Sachenrecht. 1905.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. 3 Bde. 1906.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.

Hachenburg, Vorträge, gehalten in den Jahren 1896/97: „Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich". 2. Aufl. 1900.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 2. Aufl. 1883.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs. 1901.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1907.

Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltvereins. (Zit.: JurW.)
Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18 S. 97 f.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.
Laband, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 9 S. 425 f. (Zit. nach der alten Folge.)
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1908.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2 Bde. 1901.
Lusensky, Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. 7. 1896. Textausgabe mit Erläuterungen, Einleitung und Sachregister. 2. verbesserte Aufl. Berlin 1905.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1906.
Meilhaus, Der Eigentumserwerb nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche (Art. 306, 307) und dem Bürgerlichen Gesetzbuche (§§ 932—936). Diss. Würzburg 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 3: Sachenrecht. Amtliche Ausgabe. 2. Aufl. 1896. (Zit.: Mot.)
Neuburger, Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs. Diss. Würzburg 1904.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 2. 1899.
v. Pechmann, Das Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere (das sogen. Depotgesetz) v. 5. 7. 1896. Gesetzestext mit Erläuterungen. Erlangen 1897.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 3. 3. Aufl. 1906.
Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 1876.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. (Zit.: OLG.)
Rießer, Das Bankdepotgesetz. Für die Praxis erläutert. 1. Aufl. Berlin 1897. 2., völlig umgearbeitete Aufl. Berlin 1906. (Wenn nichts angegeben, so ist diese Aufl. gemeint.)
Sohm, Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1905. Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. 1900.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1907. (Wenn nichts angegeben, ist diese Auflage gemeint.)
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Einführungsgesetzen. Bd. 3: Sachenrecht, erläutert von Karl Kober. 3. u. 4. Aufl. München 1907.
Stranz, Allgemeine deutsche Wechselordnung. Kommentar. 9. Aufl. 1906.
Strohal, Das Sparkassenbuch im Sachenrecht. Im Recht 1901 S. 158 ff.
Sydow-Busch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung.
Teutsch, § 1404 BGB. und sein Verhältnis zu den Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbs, insbesondere zu § 366 HGB. In der JurW. 1902 S. 385 f.

Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 89 S. 1 f.

Abkürzungen.

BDG. = Bankdepotgesetz (Reichsgesetz v. 5. 7. 1896).
BGB. = Das Bürgerliche Gesetzbuch v. 18. 8. 1896.
HGB. = Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 10. 5. 1897.
a. HGB. = Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.
KO. = Konkursordnung in der Fassung v. 20. 5. 1898.
WO. = Allgemeine deutsche Wechselordnung.
ZPO. = Zivilprozeßordnung.
ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

§ 1.

Einleitung.

Nach geltendem Recht kann ein Pfandrecht an einem Gegenstande auf verschiedene Weise entstehen:

1. durch rechtsgeschäftliche Verfügung, im Wege der „Verpfändung";

2. kraft des Gesetzes;

3. durch behördlichen Zwangsakt (Pfändung).

Die beiden letzten Arten kann man zusammenfassend mit Sohm[1]) als durch „Zwangsverfügung" entstehende bezeichnen. Dabei ist aber zu betonen, daß das durch Pfändung entstehende Pfandrecht keine Unterart des gesetzlichen Pfandrechts ist, sondern sich, besonders auch durch die Art seiner Entstehung, vom gesetzlichen Pfandrecht wesentlich unterscheidet.[2])

Wenn nun im allgemeinen logischerweise Voraussetzung für die Entstehung dieser Pfandrechte ist, daß der mit dem Pfandrecht zu belastende Gegenstand demjenigen gehört, auf dessen Kosten rechtlich die Belastung gehen soll, so ist doch dieser Grundsatz, den das römische Recht in dem für den rechtsgeschäftlichen Verkehr geltenden Satze: nemo plus jure transferre potest quam ipse habet zum Ausdruck brachte, vom deutschen Rechte nicht streng durchgeführt worden, insofern als der sogen. Schutz des

[1]) Sohm, Der Gegenstand S. 14/15; danach liegt eine „Zwangsverfügung" dann vor, wenn der Erwerb nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch Gesetz oder Richterspruch bezw. sonstigen obrigkeitlichen Machtspruch bewirkt wird.

[2]) OLG. Dresden, Rechtspr. Bd. 4 S. 331; Kretzschmar, Sachenrecht § 1257 Anm. 5; Fischer-Henle § 1257 Anm. 5; Biermann zu § 1257 S. 476; Enneccerus-Lehmann § 117 S. 339; weniger streng unterscheiden die Mot. Bd. 3 S. 796/97: „Das Pfändungspfandrecht ist zwar in gewissem Sinne ein gesetzliches Pfandrecht" usw.

guten Glaubens beim Rechtserwerb vom Nichtberechtigten Eingang und gesetzliche Regelung gefunden hat. Es fragt sich nun, ob und inwieweit auch bei gesetzlichem Pfandrechtserwerb dieser Schutz des guten Glaubens angeführt worden ist, und je nachdem, ob das Pfandrecht der Kategorie 1., 2. oder 3. angehört, fällt die Antwort verschieden aus.

I. Der Schutz des guten Glaubens findet sich beim vertragsmäßigen Pfandrechtserwerb (unter 1.) sowohl im Bürgerlichen wie im Handelsgesetzbuch. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich in dieser Beziehung dem alten Handelsgesetzbuch angeschlossen, es hat mit gewissen Beschränkungen dessen Rechtssätze in sein System aufgenommen. Das alte Handelsgesetzbuch hatte in den Art. 306, 307 bereits mit der römischen Auffassung gebrochen, indem es den Schutz des gutgläubigen Erwerbs von Eigentum und Pfandrecht einführte und damit den Anforderungen der Verkehrssicherheit Genüge tat. Unter bestimmten Voraussetzungen war danach bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen trotz mangelnden Eigentums oder mangelnder Verfügungsbefugnis des Verfügenden ein Rechtserwerb möglich. Damit hatte dieses Gesetzbuch zugleich Grundsätze des alten deutschen Rechts wieder zu Ehren gebracht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in den §§ 1207, 1208 mit den Verweisungen auf die §§ 932 ff. für den vertragsmäßigen Pfandrechtserwerb entsprechende Bestimmungen getroffen.

Im Einklang sowohl mit dem alten Handelsgesetzbuch wie mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch hat auch das neue Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 in den §§ 366 Abs. 1 u. 2, 367 unter Weglassung der durch Aufnahme ins bürgerliche Recht entbehrlich gewordenen Bestimmungen entsprechend dem alten Handelsgesetzbuch einen weitergehenden Schutz des gutgläubigen Pfandrechts normiert, den Anforderungen des Handelsverkehrs in weiterem Umfange Rechnung tragend, wie die Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs in ausführlicher Begründung rechtfertigt.[1])

II. In scharfem Gegensatze hierzu ist der Erwerb des durch Zwangsakt entstehenden Pfändungspfandrechts nicht geschützt. An zu pfändenden Gegenständen kann ein Pfandrecht nur dann entstehen,

---

[1]) Denkschr. S. 206.

wenn der Gegenstand dem Schuldner gehört. Die Fassung des § 804 Abs. 2 Halbs. 1 ZPO. (das Pfandrecht gewährt dieselben Rechte wie ein durch Vertrag entstandenes Pfandrecht) läßt neben anderen im Wesen und Zweck des Pfändungspfandrechts liegenden Gründen daran keinen Zweifel, daß auf seine Entstehung die Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§§ 1207, 1208) nicht angewendet werden dürfen.[1])

III. Eine Zwischenstellung nimmt das gesetzliche Pfandrecht ein, das Pfandrecht, „das ohne eine auf die Begründung gerichtete Willensäußerung einer Privatperson oder eines von dieser beauftragten öffentlichen Organs zur Entstehung kommt".[2]) Auch für die Entstehung dieses Pfandrechts gilt im allgemeinen der bei der Entstehung des Pfändungspfandrechts durchgeführte Grundsatz, daß der Erwerb nicht unter dem Schutze des guten Glaubens steht. An Sachen (Inhaberpapieren), die dem Schuldner aus dem pfandgesicherten Rechtsverhältnis nicht gehören, kann ein Pfandrecht kraft Gesetzes nicht begründet werden. „Zwangsverfügungen wirken nur abgeleiteten Erwerb", d. h. ihre Wirkung ist von der Verfügungsberechtigung desjenigen abhängig, auf dessen Rechnung Gesetz bezw. Richterspruch verfügen, gleichgültig, ob der, auf dessen Rechnung die Belastung geht, legitimiert ist oder nicht.[3]) Auf diesem Standpunkt steht das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn es im § 1257 sagt: Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung. Schon der Wortlaut der Vorschrift ergibt auch hier unseres Erachtens, daß eine entsprechende Anwendung der in Frage kommenden Vorschriften auf die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts keineswegs gewollt ist.[4])

---

[1]) Sydow-Busch, Komm. z. ZPO. § 804; Jaeger, KO. § 49 Anm. 38; Gaupp-Stein, Komm. zur ZPO. § 804 II Nr. 6 S. 553; Staudinger § 1257 III a. S. 895; Sohm S. 54; RG. Bd. 26 S. 101; Seufferts Arch. Bd. 49 Nr. 36; Wendt S. 136/37; Neuburger S. 74; OLG. Hamburg Bd. 2 S. 219; OLG. Dresden Bd. 4 S. 329.

[2]) Kretzschmar § 1257 S. 684.

[3]) Sohm S. 15.

[4]) Für die im Text vertretene Ansicht: Biermann zu § 1257 S. 476; Labes, DJZ. 1900 S. 225 ff.; Mannhardt, Das Recht 1900 S. 296 ff.;

Geschützt sind allein bestimmte gesetzliche Pfandrechte des Handelsrechts, wie es bereits nach altem HGB. Art. 306 Abs. 3 der Fall war und jetzt im § 366 Abs. 3 neues HGB. mit Hinzunahme des im alten Handelsgesetzbuch noch nicht normierten Pfandrechts des Lagerhalters (§ 421 HGB.) ausgesprochen ist; vgl. auch § 623 Abs. 3 HGB. Danach gilt das gleiche für das gesetzliche Pfandrecht des Verfrachters.

Diese gesetzlichen Pfandrechte können auch „ursprünglich" erworben werden, d. h. ohne Rücksicht auf das Recht des Schuldners aus dem pfandgesicherten Rechtsverhältnis. „Ursprünglicher" Erwerb im Gegensatz zum „abgeleiteten" Erwerb liegt nämlich nicht nur dann vor, wenn er überhaupt keine Verfügung zur Voraussetzung hat, sondern man spricht auch dann von ursprünglichem Erwerb, wenn neben die Verfügung des Nichtberechtigten, die den Rechtserwerb an sich nicht herbeiführen könnte, der den Rechtsmangel heilende „gute Glaube" tritt. Der Erwerber erwirbt nicht etwa, weil eine Verfügung vorhanden ist, sondern vielmehr, obwohl eine Verfügung eines Nichtberechtigten vorliegt.[1]) Unzutreffend erscheint es dagegen, den Erwerb kraft Gesetzes überhaupt, also

---

Planck § 1257 Bem. 3a S. 812; Wendt S. 31ff.; Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 80, Bd. 3 S. 28, Bd. 4 S. 329; Staudinger Bd. 3 § 1257 II, 1 S. 895; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 § 264 III, 2 S. 899; Crome, System des bürgerl. R. Bd. 3 § 506 II, 2 S. 888; Kretzschmar § 1257 Anm. 4; Sohm S. 15 Anm. 23, S. 54; Fischer-Henle § 1257 Anm. 1; Mot. Bd. 3 S. 797; Denkschr. S. 207; Makower § 356 IIc Bd. 3 S. 1086; Neumann § 1257 S. 675; Lehmann, Lehrb. d. HR. § 124 S. 556; Neuburger S. 73ff.; a. M. Scherer, DJZ. 1900 S. 202, 318; OLG. Hamburg Bd. 2 S. 219; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 474; Hachenburg, Vorträge S. 178/79; Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 2 S. 977 Anm. 30 (zum größten Teile abweichender Meinung nur für die gesetzlichen Pfandrechte des BGB., die Besitz des Pfandgläubigers zur Voraussetzung ihrer Entstehung haben). Ausdrücklich sei bemerkt, daß jetzt auch Staubs Komm. in der 8. Aufl. Anm. 60 zu § 366 S. 1350 entgegen der in der 6./7. Aufl. Anm. 58 zu § 366 S. 1184/85 und Anm. 75 zu § 368 S. 1294 vertretenen Ansicht sich zu der im Text geäußerten Auffassung bekennt.

[1]) Sohm S. 38; Kohler, Arch. f. bürgerl. R.; Neuburger S. 22, 28; Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 377 und die dort für beide Ansichten (abgeleiteter oder ursprünglicher Erwerb) gegebenen Zitate; Hachenburg S. 32, der auf den Unterschied wenig Wert legt; a. M. Staudinger Bd. 3 S. 308; Wendt S. 18ff.

auch den gesetzlichen Pfandrechtserwerb schlechthin als originären Erwerb zu bezeichnen, wie dies Neuburger z. B. tut.[1]) Daß die Ausdehnung der Schutzvorschriften des § 366 Abs. 1 u. 2 auf die handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechte geboten war, da nur dann dem Kommissionär usw. gedient ist, wenn auch sein gesetzliches Pfandrecht gutgläubig erworben werden kann, begründet die Denkschrift mit den Besonderheiten des Handelsverkehrs.[2])

Wie oben bereits erwähnt, gehört zu den gesetzlichen Pfandrechten, deren gutgläubiger Erwerb vom Gesetz als Ausnahme gestaltet ist, auch das dem Kommissionär (§ 383 HGB.) nach § 397 HGB. zustehende Pfandrecht am Kommissionsgut. Diese Ausnahmeerscheinung soll uns im nachstehenden allein beschäftigen, und zwar wollen wir die Erörterung der Frage, wann der Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht erwirbt, obwohl sein Schuldner ein „Nichtberechtigter" (allgemein gesagt) ist, auf den einfacheren, typischeren Fall beschränken, daß das dem Kommissionär als Pfand haftende Kommissionsgut auf Grund einer Verkaufskommission in seinen Besitz gelangt ist, also der Kommittent nicht berechtigt war, über das Gut einen Kommissionsvertrag abzuschließen. Das Pfandrecht, das der Einkaufskommissionär am Gut erwirbt, daß er von Dritten im Auftrage des Kommittenten einkauft, bleibt unberücksichtigt.

Auf diese Beschränkung weist uns gewissermaßen auch die geschichtliche Entwicklung des gesetzlichen Pfandrechts hin; aus dem gemeinrechtlichen Retentionsrecht hat sich zuerst das gesetzliche Pfandrecht des Verkaufskommissionärs entwickelt.[3])

§ 2.

Die Personen des Kommissionsverhältnisses.

A. Der Kommissionär.

I. Nach § 383 HGB. ist Kommissionär, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere im eigenen Namen für

[1]) Neuburger S. 15.
[2]) Denkschr. S. 207.
[3]) Laband, Zeitschr. f. HR. alte Folge Bd. 9 S. 425 ff., 427.

Rechnung eines anderen (des Kommittenten) zu kaufen oder zu verkaufen. Damit ist die gesetzliche Definition des Begriffs „Kommissionär" gegeben, auf ihn beziehen sich in erster Linie die folgenden Vorschriften. Es kommen aber noch andere Bestimmungen in Frage, die die Anwendung der Vorschriften über das Kommissionsgeschäft, also auch des § 397 und zugleich des § 366 Abs. 3 HGB. auf ein größeres Gebiet ausdehnen.[1])

1. Nach § 406 Abs. 1 Satz 1 kommen die Vorschriften des 3. Abschnitts (§§ 383 f.) auch dann zur Anwendung, wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft andrer als der im § 383 bezeichneten Art für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu schließen übernimmt.

2. Ferner gilt nach Abs. 1 Satz 2 das gleiche, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft in der bezeichneten Weise, d. h. im eigenen Namen auf fremde Rechnung zu schließen übernimmt. Der „Proprehändler", der „uneigentliche"[2]) Kommissionär ist also dem eigentlichen Kommissionär gleichgestellt. Die Geschäfte der ersten sind allerdings deshalb noch keine Kommissionsgeschäfte, wenn sie auch gleich solchen zu behandeln sind, eine wirkliche Ausdehnung des Begriffs bringt vielmehr § 406 Abs. 2,[3]) wonach als Einkaufs- oder Verkaufskommission auch eine Kommission gilt, die die Lieferung einer nicht vertretbaren Sache, die aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, zum Gegenstande hat.

Wird ein Betrieb, in dem der Abschluß von Geschäften gewerbsmäßig im eigenen Namen für fremde Rechnung betrieben wird, nach § 2 HGB. durch Eintragung ins Handelsregister Kaufmann, so sind derartige Geschäfte im Sinne des § 406 Abs. 1 Satz 2 zu beurteilen.

Nach ausdrücklicher Vorschrift des § 404 finden die Vorschriften §§ 397, 398 HGB. auch im Fall der Ausführung der

---

[1]) Lehmann-Ring § 397 Nr. 3 Bd. 2 S. 248.

[2]) Cosack S. 177 Nr. 4.

[3]) Staub Bd. 2 § 383 Anm. 2 S. 1735; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 466; Cosack S. 176, 1 b.

Kommission durch Selbsteintritt Anwendung, ohne daß dadurch ein „pignus in propria re", ein Pfandrecht an eigener Sache statuiert werden soll, wie Cosack annimmt.[1] [2] Ein solches ist dem bürgerlichen Rechte fremd. Vorsichtiger drückt sich Lehmann aus, wenn er es als eine Art „Eigentümerpfandrecht"[3] bezeichnet.

II. Folgende Personen können dagegen das Pfandrecht des § 397 HGB. nicht erwerben, gleichgültig, ob der Kommittent berechtigt war oder nicht:

1. der Nichtkaufmann;

2. der nicht im Geschäftsbetrieb abschließende Kaufmann. Die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB. spricht allerdings dafür, daß ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossen hat;

3. der im fremden, nicht im eigenen Namen abschließende Kaufmann.

Kaufmann muß also der Kommissionär stets sein, und zwar haben die eigentlichen Kommissionsgeschäfte (§§ 383, 406 Abs. 2) die Kaufmannseigenschaft zur Folge, die „uneigentlichen" (unechten) zur Voraussetzung.[4]

Dagegen ist es natürlich nicht erforderlich, daß der Kommissionär eine physische Person ist. Auch eine juristische Person, z. B. eine Aktiengesellschaft, kann Kommissionär sein.[5] Ebensowenig braucht er geschäftsfähig zu sein, wenn er nur rechtsfähig ist. In diesen Fällen treten die Vertreter an die Stelle, ihr guter Glaube, ihre Geschäftsfähigkeit usw. werden für die Beurteilung der Frage, ob in concreto ein Pfandrecht zur Entstehung gelangt ist, maßgebend.

---

[1] Staub Bd. 2 S. 397c Anm. 5, S. 1783; Gaupp-Stein § 804 II, 4b Anm. 3 S. 553; Dü.-Ha. Bd. 3 § 398 S. 421; für das alte Recht v. Hahn Art. 374 Abs. 2 S. 495; Puchelt Art. 374 Anm. 2 S. 311.

[2] Cosack § 43 Nr. 3 S. 186.

[3] Lehmann § 124 S. 556.

[4] Cosack § 43 Nr. 4 S. 177.

[5] Staub Bd. 2 § 383 Anm. 3 S. 1735.

B. Der Kommittent.

Der Kommittent, derjenige, mit dem der Kommissionär den Kommissionsvertrag abschließt, braucht im Gegensatz zum Kommissionär nicht Kaufmann zu sein, damit § 366 Abs. 3 zur Anwendung kommen kann. Auch wenn der Kommittent Nichtkaufmann ist, erwirbt der Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht am Gute in allen den Fällen, in denen er gemäß § 366 Abs. 1, 2 ein Pfandrecht vertragsmäßig von einem Kaufmann erwerben würde. „Durch die Fassung des § 366 Abs. 3 ist außer Zweifel gestellt, daß es für dessen Anwendung unerheblich ist, ob der Schuldner Kaufmann ist oder nicht.“ [1])

Ganz unerheblich ist die Kaufmannseigenschaft des Kommittenten für beide Teile jedoch nicht, und zwar auch, soweit es sich um das gesetzliche Pfandrecht handelt.

1. Ist der Kommittent nicht Kaufmann (Vollkaufmann oder sogen. Minderkaufmann nach § 4 HGB.), so hat der Kommissionär vor der Verwertung des Pfandes die einmonatige Frist des § 1234 BGB. an Stelle der einwöchigen Frist des § 368 Abs. 1 HGB. einzuhalten (§ 368 Abs. 2).[2])

2. Kommen die durch § 8 des Bankdepotgesetzes[3]) gegebenen Fälle in Betracht. Der Kaufmann, der Wertpapiere der im § 1 dieses Gesetzes bezeichneten Art dem Kommissionär zum Verkaufe für seinen Kunden übersendet, hat eine später noch eingehender zu behandelnde gesetzlich vorgeschriebene Mitteilungspflicht, deren Verletzung den Kommittenten event. strafbar macht, deren Befolgung aber auf den Umfang des gesetzlichen Pfandrechts des Kommissionärs einwirkt. Nach § 13 BDG. bezieht sich diese Vorschrift jedoch nur auf Vollkaufleute, nicht auch auf die in § 4 HGB. (früher Art. 10) genannten Personen. Wohl aber unter-

---

[1]) Staub § 366 Anm. 62 Bd. 2 S. 1351; Makower § 366 II c Bd. 2 S. 1086; Denkschr. S. 207; Lehmann § 124 S. 556; OLG. Kiel Bd. 6 S. 97; a. M. für das alte Recht v. Hahn Art. 374 § 3 S. 497; Anschütz u. v. Völderndorff S. 374; Puchelt Art. 374 S. 311.

[2]) Lehmann § 124 S. 557.

[3]) So wird kurz das Gesetz v. 5. 7. 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere genannt.

stehen dieser Bestimmung außerdem die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Aktiengesellschaft (§ 6 HGB.), ferner eingetragene Genossenschaften (Gesetz v. 1. 5. 1889, neue Fassung v. 20. 5. 1898, RGBl. 1898 S. 810; Friedberg S. 557 § 17 Abs. 1), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Gesetz v. 20. 4. 1892, neue Fassung v. 20. 5. 1898, RGBl. 1898 S. 863; Friedberg S. 610 § 13 Abs. 3); Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (Gesetz v. 12. 5. 1901, RGBl. S. 139; Friedberg S. 759 § 16), endlich auch die Reichsbank und die öffentlichen Banken der Bundesstaaten, z. B. die Seehandlung (Kgl. Preuß. Staatsbank), da auch sie auf Grund des § 1 Ziff. 4 HGB. als Kaufleute anzusehen sind.[1])

Ehe wir nun auf den Hauptpunkt unserer Arbeit, auf den Unterschied zwischen dem abgeleiteten und ursprünglichen Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts selbst eingehen können, müssen wir einige Vorfragen erledigen, die zwar in der Hauptsache für beide Entstehungsarten gleich zu beantworten sind, aber doch auch an dieser Stelle der Erörterung bedürfen.

§ 3.

Der Kommissionsvertrag.

Wenn auch die Auffassung abgelehnt werden muß, daß das gesetzliche Pfandrecht ein „pignus tacitum" darstelle, daß es auf Grund einer „stillschweigenden" Verpfändung zustande komme,[2]) so darf doch andererseits nicht verkannt werden, daß, wie bei der rechtsgeschäftlichen Pfandbestellung „Einigung" und Besitzübertragung (§§ 1205, 1206) notwendige Erfordernisse sind, analoge Akte auch bei der Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts in Frage kommen. Das der Einigung entsprechende Moment ist für das gesetzliche Pfandrecht der konkrete Vertrag, aus dem es erwächst, in unserem Falle der Kommissionsvertrag. Ein angeblicher, vermeintlich vorhandener, in Wirklichkeit aber nicht existierender Kommissionsvertrag kann nie die Grundlage für das gesetzliche

[1]) Lusensky S. 55/56; Rießer S. 12 2. Aufl.; v. Pechmann 5/6.
[2]) Neuburger S. 72; Neumann § 1257.

Pfandrecht bilden. Unter den Beteiligten muß ein gültiger, wirksamer Vertrag bestehen; ob sie berechtigt waren, den Vertrag abzuschließen, ist eine ganz andere Frage, die von der hier zu erörternden scharf zu trennen ist.

Daß eine der in § 397 HGB. aufgezählten Forderungen bereits entstanden oder klagbar ist, ist nicht erforderlich.[1]) Die Existenz dieser Forderungen hat für die Geltendmachung des Pfandrechts, nicht aber für seine Entstehung Bedeutung.

Die Rechtswirksamkeit des Kommissionsvertrags ist nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen. So ist z. B. in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob die Vertragschließenden bezw. ihre Vertreter beim Abschluß des Vertrags geschäftsfähig waren; Mängel des Rechtsgeschäfts, die in der Minderjährigkeit, Geisteskrankheit, Entmündigung begründet sind, können durch die wenn auch noch so berechtigte Annahme, die Mängel seien nicht vorhanden gewesen, nicht beseitigt und geheilt werden.[2])

Ebenso sind Verstöße gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten dem Zustandekommen eines gültigen Vertrags hinderlich (§§ 134, 138 BGB.).

Auch die äußeren Erfordernisse des Vertrags, insbesondere Formvorschriften, sind zu beobachten, falls ihre Nichtbeachtung Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge hat (§ 125 Satz 1 BGB.). Gesetzliche Formvorschriften kommen ja allerdings im Verkehr mit beweglichen Sachen (um die es sich auch bei Kommissionsgeschäften handelt) kaum in Frage, auch der Abschluß des Kommissionsvertrags kann formlos erfolgen. Doch ist es denkbar, daß durch Vereinbarung der Beteiligten eine Form bestimmt ist, deren Mangel im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge hat (§ 125 Satz 2 BGB.). Der gute Glaube, daß die gewählte Form genügend sei, ist bedeutungslos.[3]) Die Gesetzesunkunde der Parteien wird grundsätzlich nicht geschützt; die gegenteilige Auffassung führt zu sehr bedenklichen Konsequenzen, da geradezu eine Prämie

[1]) Dü.-Ha. Bd. 2 S. 545.

[2]) Neuburger S. 19; Wendt S. 22; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 457; Hachenburg S. 132.

[3]) Wendt S. 24.

auf die Gesetzesunkenntnis gesetzt würde.[1]) Jedoch schließt Rechtsirrtum nicht unter allen Umständen den guten Glauben aus.[2]) Es wird freilich leicht eine grobe Fahrlässigkeit dabei im Spiele sein.[3])

Es sei auch darauf noch hingewiesen, daß die das Zustandekommen des Vertrags bewirkende Willenseinigung der Beteiligten vorhanden sein muß, da ein Mangel in dieser Richtung ebenfalls nicht durch den guten Glauben geheilt wird, sei es, daß die §§ 116 Satz 2, 117, 118 BGB. etwa in Frage kommen, oder daß die Parteienzwar einen Vertrag abschließen wollten, A aber einen Kommissionsvertrag, B dagegen einen bloßen Verwahrungsvertrag. Die Annahme des A, er sei berechtigt, an den in seinen Besitz gelangten Sachen des B ein Pfandrecht nach § 397 HGB. geltend zu machen, nützt ihm nichts. Es existiert kein Kommissionsvertrag.

Der Nichtigkeit des Vertrags steht es gleich, wenn ein anfechtbarer Vertrag mit Erfolg angefochten wird. Er ist als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 HGB.).

II. Steht nun aber fest, daß die eben besprochenen allgemeinen Erfordernisse vorhanden sind, daß also ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist, ist noch weiter zu prüfen, ob dieser Vertrag als Kommissionsvertrag im Sinne des Gesetzes anzusehen ist. Auch diese Beurteilung ist unabhängig von der Auffassung des einen oder des anderen Beteiligten. Die Sachlage bedarf in jedem einzelnen Falle objektiver Würdigung.

Wenn also z. B. der Kommissionär einen reinen Verwahrungsvertrag über eine Sache abgeschlossen hat, oder er hat einen Teil seiner Lagerräume vermietet und es gelangen Objekte auf Grund dieser Verträge in seinen Besitz, so ist eine Geltendmachung des Vermieterpfandrechts event. möglich, eine Geltendmachung des Kommissionspfandrechts dagegen selbstverständlich ausgeschlossen,[4]) mag auch der Kommissionär vom Gegenteil überzeugt sein.

---

[1]) Neuburger S. 8.

[2]) Neuburger a. a. O.; Planck § 932 Nr. 2 S. 232; Staub § 366 Anm. 24 S. 1339/1340; Dernburg Bd. 3 S. 336; Wendt S. 14; Meilhaus S. 52; Teutsch, JurW. 1902 S. 385; Mot. Bd. 1 S. 281.

[3]) Meilhaus S. 42.

[4]) RG. Bd. 33 S. 110.

Sehr oft liegen die Verhältnisse jedoch nicht so klar. Die Vertragschließenden pflegen sich im gewöhnlichen Leben, nicht zuletzt auch im Handelsverkehr wenig juristisch auszudrücken. Sie gebrauchen zuweilen Ausdrücke, die der Jurist als „technische" kennt, die aber etwas anderes besagen als die Parteien annehmen. Es bedarf immer einer sorgfältigen Auslegung des Parteiwillens; nicht am Buchstaben und am Wort darf der Richter haften, der wirkliche Wille ist zu erforschen (§ 133 BGB.; ähnlich § 346 HGB.). Kein wesentliches Erfordernis des Kommissionsvertrags ist die Entgeltlichkeit,[1]) unerläßlich ist dagegen stets, daß der Auftrag zum Abschluß im eigenen Namen erteilt wird.[1])

§ 4.

Der Besitz.

Nach § 397 HGB. hat der Kommissionär ein Pfandrecht am Kommissionsgut dann, wenn er es im Besitz hat, insbesondere mittels Konnossements, Lade- oder Lagerscheins darüber verfügen kann (Art. 374 altes HGB.: „wenn er das Gut in Gewahrsam hat" usw.). Während andre Pfandrechte unabhängig davon entstehen, daß der Gläubiger aus dem pfandgesicherten Rechtsverhältnis den Besitz der Pfandsache hat (§§ 559, 704 BGB. für den Vermieter, Gastwirt, die ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen ihres Schuldners haben) oder auch nach Beendigung des das Pfandrecht begründenden Besitzverhältnisses fortbestehen (§§ 440 Abs. 3, 623 II HGB.), ist das Pfandrecht des Kommissionärs an den Besitz des Pfandobjekts geknüpft, mit ihm entsteht und vergeht das Pfandrecht. Wohl kann der Kommissionsvertrag, auf Grund dessen das Gut in den Besitz des Kommissionärs gelangt ist, aufgelöst werden, der Kommissionär geht regelmäßig nicht schon deshalb seines Pfandrechts verlustig, im Augenblick aber, in dem er den Besitz verliert, verliert er auch sein Pfandrecht.[2])

I. Das neue Handelsgesetzbuch vermeidet den in Art. 374 gebrauchten Ausdruck „Gewahrsam", es verlangt schlechthin

---

[1]) JurW. 1885 S. 187.

[2]) Lehmann § 124 S. 556.

„Besitz" des Kommissionsgutes. In Ermanglung besonderer Vorschriften des Handelsrechts sind die Besitzfragen nach den einschlagenden Bestimmungen des BGB. §§ 854 ff. zu entscheiden, worauf im einzelnen hier nicht eingegangen werden kann.

Da § 397 ohne jegliche Einschränkung vom Besitz spricht, muß es demnach gleichgültig sein, ob der Kommissionär unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer ist (§ 868 BGB.).[1] Unmittelbarer Besitzer ist er auch dann, wenn ein andrer die tatsächliche Gewalt über das Gut für ihn nach Maßgabe des § 855 BGB. (als Besitzdiener) ausübt.[2] Das wird häufig vorkommen, z. B. durch einen beim Kommissionär in Diensten stehenden Geschirrführer, der das Kommissionsgut befördert.

II. Der mittelbare Besitz (§ 868 BGB.) kann dem Kommissionär auf verschiedene Weise vermittelt werden, insbesondere wird dies nach der Natur des Kommissionsgeschäfts vielfach durch Lagerhalter, Spediteure, Frachtführer geschehen. In allen diesen Fällen hat der Kommissionär unter den sonstigen Voraussetzungen ein Pfandrecht am Gute. Nur der Kommittent selbst darf nicht unmittelbarer Besitzer für den Kommissionär sein.[3] So wenig das Gesetz die Begründung des vertragsmäßigen Pfandrechts durch sogen. Besitzkonstitut gestattet, und zwar im Interesse der Erkennbarkeit des Pfandrechts (in dem für die Pfandrechtsbestellung maßgebenden § 1205 BGB. ist eine dem für den Eigentumserwerb geltenden § 930 entsprechende Vorschrift nicht enthalten), so wenig ist dies für das gesetzliche Pfandrecht zulässig. Ist der Kommittent mittelbarer Besitzer, so kann er den Kommissionär z. B. dadurch zum (mittelbaren) Besitzer machen, daß er ihm den Anspruch auf Herausgabe, der ihm gegen den unmittelbaren Besitzer zusteht, überträgt (§ 870 BGB.). Häufig geschieht dies in der Weise, daß dem Kommissionär ein Legitimationspapier, ein Depositenschein ausgehändigt wird, auf Grund dessen der unmittelbare Besitzer ihm das hinterlegte Gut herausgeben darf.

---

[1]) Makower § 369 IV e S. 1117; Staub Bd. 2 S. 1396.

[2]) Fischer-Henle § 855 Anm. 6 S. 449.

[3]) Goldmann Bd. 3 § 397, 2a S. 1688; Staub Bd. 2 § 369 Anm. 27, 28 S. 1396; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 501.

Unbedingt notwendig ist dies jedoch zur Übertragung des mittelbaren Besitzes nicht, es genügt formlose Abtretung des Anspruchs ohne Anzeige an den unmittelbaren Besitzer.

III. Wenn das Gesetz im § 397 HGB. die Möglichkeit besonders hervorhebt, daß der Kommissionär mittels Konnossements, Lade- oder Lagerscheins über das Gut verfügen kann, so ist damit ein besonders wichtiges Beispiel des mittelbaren Besitzes gegeben.[1]) Diese Papiere sind mit den obenerwähnten (S. 13) nicht zu verwechseln. Auch ihre Übergabe verschafft dem Kommissionär nur mittelbaren Besitz am Gut, ihre besondere Eigenschaft besteht aber darin, daß die Übergabe dieser sogen. Warenpapiere an den Empfangsberechtigten dieselben Wirkungen hat wie die Übergabe des Gutes selbst, vorausgesetzt allerdings, daß das Gut vom Papierverpflichteten übernommen ist (§§ 424, 450, 467 HGB.). Es ist an sich ohne Belang, ob das Papier Rektapapier ist (d. h. auf den Namen lautet) oder sich als Order- oder Inhaberpapier qualifiziert, abgesehen vom Lagerschein. Der Lagerschein hat die angedeutete dingliche Wirkung nur als Orderpapier[2]) (§ 424 HGB.). Nur staatlich ermächtigte Anstalten dürfen derartige Lagerscheine ausstellen (§ 363 HGB.). Damit der Kommissionär über das Gut verfügen kann, muß ihm das Papier ausgehändigt sein.[3])

Gelangt dagegen im Laufe der Geschäftsverbindung ein Warenpapier, aus dem der Kommittent berechtigt ist, weil es auf ihn lautet oder indossiert ist, in den Besitz des Kommissionärs, so hat dieser kein Pfandrecht am Gute, denn er kann nicht über das Gut verfügen.

Der Kommissionär behält das Pfandrecht am Gute, solange er darüber mittels des Papieres verfügen „kann", nicht nur „darf".[4])

---

[1]) Makower Bd. 2 § 369 IV e S. 1117; unklar Dü.-Ha. Bd. 3 § 397 S. 415.

[2]) vgl. Staub Bd. 2 § 424 Anm. 9. Er fügt allerdings sofort hinzu, daß die Begebung des Inhaberlagerscheins im wesentlichen dieselben Wirkungen wie die Begebung des Orderlagerscheins hat.

[3]) RG. Bd. 13 S. 120 und die Komm. z. HGB.

[4]) Staub Bd. 2 § 368 Anm. 91.

IV. Wenn nun auch Abschluß des Kommissionsvertrags und Besitzübertragung häufig zusammenfallen werden, so sind doch beide Akte begrifflich auseinanderzuhalten. Was für den Abschluß des Vertrags, für seine Gültigkeit ausgeführt worden ist, hat mutatis mutandis auch dann zu gelten, wenn der Besitzwechsel auf Grund einer „Einigung", eines (dinglichen) Vertrags erfolgt (§ 854 II BGB.). Wenn z. B. der Kommittent zur Zeit des Vertragsschlusses geschäftsfähig, zur Zeit der Besitzübertragung aber geschäftsunfähig ist, so ist eine Nachfolge des Kommissionärs in den Besitz ausgeschlossen, weil mangels der Geschäftsfähigkeit des einen Vertragschließenden eine Einigung nicht zustande gekommen ist, und der Besitz wird erst durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt selbst erworben (§ 854 Abs. 1 BGB.), nicht schon durch die bloße Möglichkeit, sie auszuüben (§ 854 Abs. 2 BGB.).

V. Neben der Frage, ob der Kommissionär den zur Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts erforderlichen Besitz überhaupt erlangt hat, die, wie wir bereits bemerkt haben, für den abgeleiteten und ursprünglichen Erwerb gleich wichtig ist, steht die andere, in welcher Weise (vgl. die im § 1205 BGB. gegebenen Möglichkeiten) der Kommissionär den Besitz erlangt hat, da dies für den gutgläubigen Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts von gewisser Bedeutung ist (darüber unten § 9).

§ 5.

Die Nichtberechtigung des Kommittenten.

I. Es kann im Rahmen dieses speziellen Themas, bei der Fülle der einschlagenden wichtigen Fragen nicht unsere Aufgabe sein, jede einzelne Frage zu erörtern, wir müssen uns vielmehr auf kurze Hinweise beschränken. Auch hier würde es uns zu weit führen, wenn wir eine allgemeine Untersuchung über den Begriff der Nichtberechtigung in den verschiedenen Erscheinungsformen anstellen wollten, wir müssen uns damit begnügen, an der Hand des Gesetzes die einzelnen Fälle, die auch im Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär eine Rolle spielen, aufzuzählen.

Der maßgebende § 366 HGB., der im Abs. 3 das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem gemäß Abs. 1 durch Vertrag erworbenen Pfandrecht gleichstellt, sagt in Abs. 1:

„Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige Sache, so finden ‚die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigen herleiten', auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft".

Abs. 2, der ebenfalls stillschweigend für anwendbar erklärt ist:

„Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften zugunsten . . . auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, ohne Vorbehalt über die Sache zu verfügen, betrifft".

In diesen Sätzen ist also ausgesprochen, daß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zugunsten . . . Anwendung finden — wir haben demnach in erster Linie diese Vorschriften kennen zu lernen.

2. Die Vorschriften zugunsten . . . sollen auch dann Anwendung finden, wenn der gute Glaube

a) die Befugnis des Verfügenden, für den Eigentümer,

b) die Befugnis des Verfügenden, ohne Vorbehalt über das auf der Sache lastende Recht eines Dritten zu verfügen, betrifft.

Die in Betracht kommenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts sind entsprechend 2a und b die Paragraphen, die von der Verpfändung einer Sache durch einen Nichtberechtigten im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs handeln (§§ 1207 u. 1208). Wir gewinnen also sofort vier Hauptfälle der „Nichtberechtigung": § 1207 regelt die Verpfändung durch den Nichteigentümer, § 1208 gibt eine Vorschrift für den Fall, daß der Verfügende insofern als Nichtberechtigter erscheint, als er durch das Recht eines Dritten in seiner Verfügungsfreiheit beschränkt ist.[1])

---

[1]) Dü.-Ha. Bd. 2 S. 467 Anm. 3.

Die Vorschriften über die Verpfändung lassen sich nur entsprechend anwenden. Wir müssen im Auge behalten, daß das gesetzliche Pfandrecht ohne Wissen und Willen der Parteien entsteht; an Stelle der „Einigung" darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll, tritt in unserem Falle sinngemäß der Abschluß des Kommissionsvertrags, aus dem die pfandgesicherten Forderungen erwachsen können.

II. Die Berechtigung zum Abschluß des Kommissionsvertrags kann nun dem Kommittenten vollständig oder teilweise fehlen:

a) weil er nicht Eigentümer des kommittierten Gutes ist (§ 1207 BGB.);

b) weil er nicht berechtigt ist, die Sache unbelastet zu veräußern (§ 1208 BGB.);

c) weil er nicht befugt war, für den Eigentümer zu verfügen (§ 366 Abs. 1 HGB.);

d) weil er nicht berechtigt war, ohne Vorbehalt über das dem Kommissionär bekannte Drittrecht zu verfügen (§ 306 Abs. 2 HGB.).

In diesen Fällen hat der gute Glaube die Wirkung, daß zu Ia und c ohne sein Hinzutreten ein Pfandrecht überhaupt nicht entstehen würde, zu Ib und d, daß das Pfandrecht, das auch bei Kenntnis des Rechts entstehen würde, den Vorrang vor dem bereits auf der Sache lastenden Rechte des Dritten erlangt.

A. Die durch den guten Glauben heilbare Nichtberechtigung des Bürgerlichen Gesetzbuchs beschränkt sich aber nicht auf die Fälle des Mangels des Eigentums (totaler Rechtsmangel) und des Vorhandenseins eines auf der Sache lastenden Rechts[1]) („partieller" Mangel)[2]), das Bürgerliche Gesetzbuch erklärt vielmehr an

---

[1]) Über die Frage, welche (dinglichen) Rechte Dritter darunter zu verstehen sind, ob nur Nießbrauch und Pfandrecht (Planck § 935 Nr. 5) oder auch andere Rechte, vgl. Staub § 366 Anm. 37—41 S. 1343; Makower § 366 Anm. 5c S. 1092; Neuburger S. 93 Anm. 3. Keine Belastung in diesem Sinne ist das nach § 1363 Abs. 1 BGB. begründete ehemännl. Recht der Verwaltung und Nutznießung am eingebrachten Frauengut. Staub § 366 Anm. 36 S. 1342/43. Der in der 6./7. Aufl. § 366 Anm. 36 S. 1178 vertretene Standpunkt ist aufgegeben.

[2]) Mot. Bd. 3 S. 347.

verschiedenen Stellen, die nicht unter Ia oder Ib ohne weiteres zu rubrizieren sind, die Vorschriften zugunsten ... für entsprechend anwendbar. Das Gesetz will damit offenbar folgenden Gedanken aussprechen: Wenn der vollständige Mangel des Eigentums dem gutgläubigen Erwerb nicht im Wege steht, sollen auch Mängel, wie wir sie im nachstehenden kennen lernen, die nicht so schwerwiegend sind, nicht schädlich sein.[1]) Da aber die einzelnen Fälle begrifflich sehr verschieden sind, hat das Gesetz von einer allgemeinen Bestimmung abgesehen, es hat sich damit geholfen, an der betreffenden einzelnen Stelle die Anwendung der Vorschriften zugunsten ... vorzuschreiben. Dies geschieht:

1. Bei Verstößen des Eigentümers gegen gesetzliche Veräußerungsverbote, die nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken (§ 135 BGB.) und gegen diesen gleichstehende Verbote, die von einem Gericht oder einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen werden (§ 136 BGB.).[2]) Rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote haben dagegen keine Wirkung Dritten gegenüber (§ 137 Satz 1 BGB.). Unter § 138 BGB. fallen besonders die durch einstweilige Verfügungen der Zivilprozeßordnung (§§ 935 ff. ZPO.) angeordneten Vermögensbeschränkungen.[3]) Ferner ist zu vergleichen: § 116 Abs. 1 Satz 3 KO. (allgemeines gerichtliches Veräußerungsverbot an den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung) und § 128 KO. (Verbot an den Konkursverwalter, der Nacherbfolge unterliegende Massegegenstände zu veräußern).

2. Bei Verfügungen, die während des Schwebens einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung über das Pfandobjekt getroffen werden (§ 161 Abs. 3 BGB.).[4])

Das gleiche gilt für die Befristung eines Rechtsgeschäfts (§ 163 BGB.).

3. Bei gewissen Verfügungen, die ein Vorerbe über der Nacherbfolge unterliegende Gegenstände trifft nach näherer Maßgabe

---

[1]) Mot. Bd. 1 S. 213; Neuburger S. 38.

[2]) Staub § 366 Anm. 76 S. 1353; Wendt S. 45/46; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 460 ff.; Neuburger S. 39.

[3]) Wendt S. 47.

[4]) Staub a. a. O. S. 1354 Anm. 77; Wendt S. 50; Neuburger S. 39.

der §§ 2113 Abs. 2, 3, 2129 Abs. 2.[1]) § 2129 enthält ein „absolutes" Verbot, der Vorerbe darf überhaupt nicht verfügen.

4. Bei Verfügungen, die der Erbe über eine der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegende Nachlaßsache trifft (§ 2211 BGB.).[2])

5. Ferner sollen gemäß Art. 61 EG. z. BGB. die Vorschriften zugunsten . . . auch auf den Erwerb jener Sachen entsprechende Anwendung finden, die nach einer der in den Art. 57—59 EG. vorbehaltenen landesrechtlichen Vorschriften unveräußerlich bezw. nur beschränkt veräußerlich sind.

Vgl. auch Art. 168 EG., wonach bereits bestehende Verfügungsbeschränkungen wirksam bleiben, unbeschadet der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.[3])

In allen diesen Fällen ergibt die Anwendung der Vorschriften zugunsten . . ., daß diese Verfügungsbeschränkungen unwirksam sind, sobald der Kommissionär hinsichtlich ihrer Nichtexistenz in gutem Glauben ist.[4]) Der gute Glaube kann sich dabei auf jedes Moment beziehen, auf dem die Verfügungsbeschränkung beruht, so z. B. in den Fällen 3 und 4 auf die Tatsache der Ernennung eines Testamentsvollstreckers überhaupt, ferner auf dessen Verwaltungsbefugnis hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes, auf die Zugehörigkeit des Pfandgegenstandes zu einem Nachlaß, der der Nacherbfolge unterliegt u. a. m.,[5]) teils kann er aber auch als reiner Rechtsirrtum erscheinen, daß z. B. dem Vorerben derartige Beschränkungen überhaupt auferlegt sind.[6])

Es ist im praktischen Ergebnis gleich, ob man die theoretisch zu trennenden §§ 1207 oder 1208 auf den Rechtserwerb von einem

---

[1]) Staub S. 1354 Anm. 78; Wendt S. 45; Neuburger S. 40.

[2]) Staub Anm. 79; Wendt S. 46; Neuburger S. 41.

[3]) Staudinger Bd. 3 § 932 IIe S. 307.

[4]) Daß alle diese Verfügungsbeschränkungen auch im Handelsverkehr von Bedeutung werden können, betont Staub ausdrücklich; Staub Bd. 2 S. 1354 Anm. 80.

[5]) Neuburger S. 42.

[6]) Neuburger S. 41; Wendt S. 45.

Nichtberechtigten der eben aufgezählten Kategorien entsprechend anwendet.[1])

Im vorhergehenden ist ein (totaler oder partieller) Mangel im Rechte von vornherein vorhanden. Selbst wenn dies nicht der Fall ist (der Kommittent ist Eigentümer, keine Verfügungsbeschränkung steht hindernd im Wege), kann doch das Recht auf schwachen Füßen stehen. Der Rechtsmangel zeigt sich aber erst nachträglich, weil das Recht mit Erfolg

1. bestritten oder
2. angefochten

wird.[2])

1. Der Kommittent, der eine streitbefangene Sache dem Kommissionär zum Verkaufe übergibt, handelt durchaus rechtmäßig. Nach § 265 Abs. 1 ZPO. ist er dazu berechtigt. Wird nun später dem Kommittenten durch rechtskräftiges Urteil das Eigentum an der Sache abgesprochen, so würde das Urteil nach § 325 ZPO. Abs. 1 auch gegen den Kommissionär als gesetzlichen Pfandgläubiger wirken, da er Rechtsnachfolger im Sinne von § 325 ZPO. ist,[3]) d. h. also der Kommissionär würde sein Pfandrecht an der res litigiosa nicht geltend machen können, da der Kommittent nicht Eigentümer des Gutes ist.

Das Gesetz kommt ihm jedoch hier zu Hilfe, es erklärt in Abs. 2 die Vorschriften zugunsten ... für entsprechend anwendbar. Der gute Glaube an das Unbestrittensein des schuldnerischen Rechts hindert den Eintritt der Wirkung der nach § 325 Abs. 1 erweiterten Rechtskraft.

2. Einen ähnlichen Tatbestand bildet die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts. Wird es später angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB.). Auch in diesem Falle ist der Kommissionär gegen die Wirkung der Anfechtung geschützt, wenn er z. B. geglaubt hatte, der Kommittent habe unanfechtbar das Eigentum an der kommittierten Sache erworben (§ 142 Abs. 2 BGB.), und zwar schadet ihm — das sei

---

[1]) Neuburger S. 97.
[2]) Neuburger S. 96 ff.
[3]) Gaupp-Stein Bd. 1 § 325 III S. 780/81.

bereits hier gesagt — nicht jede fahrlässige (§§ 142 Abs. 2, 122, 276 BGB.), sondern nur die grobfahrlässige Unkenntnis der Anfechtbarkeit.

B. Zu II c u. d.

1. Die Vorschriften zugunsten . . . finden auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft (§ 366 Abs. 1).

a) „Für den Eigentümer". Es ist gleichgültig, ob die Verfügung des Kommittenten (§ 366 Abs. 1 auf unseren Fall angewendet) im eigenen[1] Namen (auf Grund einer Ermächtigung), z. B. als Kommissionär oder im fremden Namen (als gewillkürter oder gesetzlicher Vertreter)[2] erfolgt.[3] Es soll auch einerlei sein, ob die Ermächtigung vom Eigentümer einem Nichteigentümer erteilt worden ist, oder ob zur Wirksamkeit der Verfügung des Eigentümers die Zustimmung eines Dritten erforderlich war. Auch der gute Glaube an diese Zustimmung fällt unter § 366 Abs. 1 HGB. Die Worte „für den Eigentümer" sind ausdehnend zu nehmen.[4]

Jedenfalls bedeutet die Bestimmung des § 366 Abs. 1 eine erhebliche Erweiterung des Gebiets, auf dem der gute Glaube zur Geltung kommen kann, insofern er auch Mängel der Vertretungsmacht heilt, während das Bürgerliche Gesetzbuch den guten Glauben an die Vertretungsmacht grundsätzlich nicht schützt.[5]

---

[1]) Nur für diese Alternative Cosack, HR. § 28 I, 2 b β S. 123; Hellwig, Rechtskraft S. 98 Anm. 9.

[2]) Neuburger S. 69 Anm. 1.

[3]) Goldmann § 366 Nr. 51 Bd. 3 S. 1534; Makower § 366 Note V Bd. 2 S. 1090/91; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 459; Staub § 366 S. 1338 Anm. 18.

[4]) Dü.-Ha. § 366 Bd. 2 S. 477 Anm. 1.

[5]) Hachenburg S. 135, 157; Fischer-Henle § 932 Anm. 9; Planck Bem. 2e zu §§ 932—935 S. 230; Biermann § 932, 2 S. 140; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 459; Staub § 366 Anm. 18 S. 1338; Makower § 366 V S. 1090; Neuburger S. 36, 55; Fuld S. 407/08; Staudinger § 932 II d α S. 309; OLG. Bd. 7 S. 40/41, Bd. 8 S. 192; Denkschr. S. 207; Sohm S. 39: Die Verfügung eines Nichtberechtigten im Sinne des BGB. ist die Verfügung im Namen eines Nichtverfügungsberechtigten. Für den Fall der fehlenden Vertretungsmacht gelten

b) Zu der dem § 1208 BGB. entsprechenden Erweiterung des § 366 Abs. 2 ist nichts Besonderes zu bemerken. § 366 Abs. 1 u. 2 gelten natürlich auch für die Fälle 1—5 (S. 18 ff.). Hier steht die Kenntnis des Bestrittenseins, der Beschränkung, der Anfechtbarkeit der Entstehung eines Pfandrechts resp. eines vollwirksamen Pfandrechts nicht im Wege, wenn der Kommissionär annehmen durfte, daß der Kommittent z. B. als Vorerbe berechtigt war, ohne Rücksicht auf die angeordnete Nacherbfolge zu verfügen, weil der Nacherbe ihn dazu ermächtigt hatte usw. Was über die Frage, ob § 1207 oder § 1208 BGB. anzuwenden ist, gesagt ist, gilt entsprechend hier.

C. Die Anwendung des § 366 HGB. ist nun stets dadurch bedingt, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch die Vorschriften zugunsten . . . für anwendbar erklärt, mit anderen Worten: Ausnahmen, die das bürgerliche Recht macht, soweit es die Vorschriften zugunsten . . . außer Kraft setzt, gelten auch für das Handelsrecht, insbesondere in zwei sehr wichtigen Fällen.

Nicht geschützt ist: 1. Der gutgläubige Rechtserwerb vom Gemeinschuldner während der Dauer des Konkurses (§ 7 KO.).

2. Der gutgläubige Erwerb von Rechten am eingebrachten Gut der Ehefrau (§ 1404 BGB.).

1. Nach § 7 KO. sind Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, der nach § 6 Abs. 1 mit der Eröffnung des Verfahrens die Befugnis verliert, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen, den Konkursgläubigern gegenüber nach der Eröffnung des Verfahrens unwirksam.

Diese Vorschrift mag an und für sich „ein sehr großes und häufiges Beispiel eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes" im Sinne von § 135 BGB. sein,[1]) die Konkursordnung hat aber gerade diesem Verbot eine verstärkte Kraft beigelegt, die den gesetzlichen Veräußerungsverboten nicht innewohnt. Das geht daraus

---

ganz andere Vorschriften (§§ 169—173 BGB.). Anderer Meinung Wendt S. 61 ff., 79: § 366 enthält nur eine Bestätigung und Wiederholung dessen, was bereits für das bürgerliche Recht gilt (seine Ausführungen bezeichnet Fuld S. 407 Anm. 1, 408 als „höchst beachtenswert"); Dernburg Bd. 3 § 104 II, 1 S. 354, der seinen früheren Standpunkt aufgegeben hat.

[1]) Wendt S. 44.

hervor, daß im § 7 zwar die §§ 892, 893, die den Schutz des guten Glaubens im Grundbuchverkehr regeln, zitiert sind, die für das Mobiliarsachenrecht geltenden entsprechenden Vorschriften dagegen nicht. U. E. hat das Gesetz damit deutlich ausgesprochen, daß es den Schutz des guten Glaubens für das Mobiliarsachenrecht ausschließen will. Es lag ja so nahe, einfach auch hier die Formel: „Die Vorschriften zugunsten . . ." zu gebrauchen.[1])

Der Kommissionär erwirbt hiernach zwar ein Pfandrecht am Kommissionsgut des gemeinschuldnerischen Kommittenten, er kann es aber den Konkursgläubigern gegenüber nicht zur Geltung bringen;[2]) als redlicher Dritterwerber dagegen könnte er ein Pfandrecht erwerben, das auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam wäre.

Vgl. auch § 1984 BGB. Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verliert auch der Erbe die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen. Die §§ 6, 7, jetzt 7, 8 KO. sind für entsprechend anwendbar erklärt.[3])

2. Eine weitere Ausnahme vom Prinzip (Schutz des guten Glaubens beim Rechtserwerb vom Nichtberechtigten) bringt das Bürgerliche Gesetzbuch im Familienrecht zum Ausdruck (§ 1404 BGB.). Nach § 1395 BGB. bedarf die Frau beim gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung (§§ 1363 ff.) zu Verfügungen über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes. Als Verfügung (nur dinglicher Vertrag)[4]) hat auch die auf Grund des Kommissionsvertrags erfolgende Übergabe des Kommissionsgutes zu gelten, die zur Folge hat, daß das Gut mit einem Pfandrecht belastet wird. Nach § 1404 BGB. muß ein Dritter die Beschränkungen, denen die Frau nach den §§ 1395 ff. unter-

---

[1]) Hachenburg S. 152; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 461; Jaeger, KO. § 7 S. 113 Anm. 31; Staub § 366 S. 1354 Anm. 81; Neuburger S. 13; a. M. Wendt a. a. O., der aus der Zitierung der §§ 892, 893 BGB. den entgegengesetzten Schluß zieht.

[2]) Er hat das Absonderungsrecht des § 49 Ziff. 2 KO. in diesem Falle nicht.

[3]) Die Anm. 1 auf S. 23 mit Ausnahme von Jaeger, KO. § 7 Anm. 32, der sich hier zu § 1984 BGB. (dem § 7 KO. „nicht völlig gleichgelagert") nicht äußert.

[4]) Fischer-Henle § 1375 Anm. 3.

liegt, auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist. Ob § 1404 ein verstärktes relatives Veräußerungsverbot darstellt analog § 7 KO.,[1]) oder nicht, vielmehr eine der Regelung der Minderjährigkeit (§§ 108—112 BGB.) entsprechend gestaltete Vorschrift ist,[2]) kann für uns dahingestellt bleiben. Der Schutz der Mannesrechte ist jedenfalls durch § 1404 in hohem Maße ohne Rücksicht auf Verkehrsinteressen, auf Rechte Dritter durchgeführt.[3]) Ist die Kommittentin Ehefrau, so erwirbt also der Kommissionär kein gesetzliches Pfandrecht am Gut, sobald es zum „eingebrachten" Gut gehört. Ob sein Nichtwissen (daß sie keine Ehefrau ist) auf grober oder einfacher Fahrlässigkeit beruht, ist gleichgültig;[4]) gleichgültig ist, ob er irrtümlich annahm, die Sache gehöre nicht zum eingebrachten Gut, oder wenn er sich in einem Rechtsirrtum über die Grenzen der Verfügungsgewalt der Ehefrau befand; § 1404 BGB. erwähnt nur die Unkenntnis des wichtigsten Falls der Verfügungsbeschränkung, die Unkenntnis des Verheiratetseins,[5]) schlägt aber auch dann ein, wenn der Dritte weiß, daß seine Vertragsgegnerin eine Ehefrau ist, aber annimmt, daß das Gut, über das sie verfügt, z. B. Vorbehaltsgut sei, während es in Wirklichkeit zum eingebrachten Gut gehört.

Über die Frage, ob § 1404 auch für die Gütergemeinschaft, Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft zu gelten hat, vgl. Wendt S. 49; Staub Anm. 36 zu § 366; Teutsch a. a. O. und die dort zitierten Aufsätze von Heinsheimer im Recht 1901 S. 609 f. und Mantey im Recht 1902 S. 39; Neuburger S. 49/50.

---

[1]) Wendt S. 48; Teutsch, JurW. 1902 S. 385: Die Polemik gegen Staubs Komm. ist übrigens gegenstandslos geworden, da dieser seinen Standpunkt in der 8. Aufl. z. T. im Sinne Teutschs geändert hat.

[2]) Staub § 366 S. 1342 Anm. 36.

[3]) Mot. Bd. 4 S. 237: Dü.-Ha. Bd. 2 S. 461; Staub Anm. 36 zu § 366 S. 1342/43: §§ 932, 366 versagen hier vollständig, während in der 6./7. Aufl. Anm. 36 zu § 366 S. 1177 ff. eine Anwendung des § 366 HGB. auf diesen Fall möglich erschien.

[4]) Fischer-Henle § 1404 Anm. 1.

[5]) Neuburger S. 46; Wendt S. 48.

§ 6.

Der gute Glaube des Kommissionärs.

Wir müssen auch hier darauf verzichten, auf die Natur des guten Glaubens näher einzugehen, für uns gilt es festzustellen, was unter dem speziell vom Kommissionär geforderten guten Glauben zu verstehen ist. Es bleibt dahingestellt, ob der gute Glaube negativ in einem Nichtwissen, daß man es mit einem Nichtberechtigten zu tun hat,[1]) besteht, oder ob er positiv die Meinung des rechtmäßigen Erwerbs ist, die Meinung, daß dem Geschäfte kein Mangel anhafte, daß die sämtlichen Grundlagen gegeben seien, die nach dem Gesetz erforderlich sind, damit der erstrebte Rechtserfolg eintritt.[2])

Das Handelsgesetzbuch verzichtet überhaupt auf eine Begriffsbestimmung. Es erklärt einfach die Vorschriften zugunsten auch dann für anwendbar, wenn usw. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt uns dagegen im § 932 Abs. 2 einen Anhalt, wenn es sagt: Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Damit ist also gesagt, daß nach beiden Gesetzen, sowohl nach dem Bürgerlichen wie nach dem Handelsgesetzbuch, der Rechtserwerb dann nicht geschützt ist, wenn der Erwerber den Rechtsmangel entweder kennt oder nur aus grober Fahrlässigkeit nicht kennt, aber mit dem sehr wesentlichen Unterschied, daß, wie bereits im § 5 der Abhandlung näher ausgeführt ist, das Bürgerliche Gesetzbuch den guten Glauben (Unkenntnis oder nicht grobfahrlässige Kenntnis des Rechtsmangels) nur dann schützt, wenn der gute Glaube auf das Vorhandensein des Eigentums in der Person des Veräußerers bezw. Verpfänders sich richtet. Es genügt dagegen zum Rechtserwerb nicht, wenn der Erwerber gutgläubig annimmt, der Veräußerer sei (z. B. kraft

---

[1]) Wendt S. 40.

[2]) Neuburger S. 15—16 im Anschluß an Dernburg Bd. 3 S. 336. Dafür, daß es auf die Unterscheidung zwischen positiver und negativer Natur wenig ankomme, Wendt S. 7 und Hachenburg S. 158, der die generelle Unterscheidung überhaupt nicht für möglich hält.

vermeintlichen Auftrags seitens des Eigentümers) berechtigt, für den Eigentümer zu verfügen. Anders nach Handelsrecht: Das Handelsgesetzbuch geht einen Schritt weiter. Nach § 366 d. Ges. wird auch der gute Glaube an das Verfügungsrecht des Veräußerers bezw. Verpfänders geschützt, die Annahme, daß der Veräußerer Eigentümer sei, ist im Gegensatz zum bürgerlichen Recht nicht erforderlich. Nur in dem einen Punkte stimmen beide Gesetze überein, um es zu wiederholen, daß der gute Glaube nur bei nicht grobfahrlässiger Unkenntnis geschützt wird. Einfach fahrlässige Unkenntnis schadet dagegen nicht, sie schadet also auch dem Kommissionär nicht, sobald es sich für ihn um den originären Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts handelt. Wenn z. B. das Gesetz in § 142 Abs. 2 BGB. bestimmt, daß das Kennen oder Kennenmüssen der Anfechtbarkeit dem Kennen oder Kennenmüssen der Nichtigkeit gleichsteht, und unter Kennenmüssen im allgemeinen nach §§ 122 Abs. 2, 276 Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, Vermeidung jeder Fahrlässigkeit zu verstehen ist, so wird diese Vorschrift bei anfechtbarem Erwerb von Sachenrechten durch § 932 dahin eingeschränkt, daß mit Kennenmüssen Vermeidung grober Fahrlässigkeit verlangt ist; andernfalls würde man zu dem Resultat kommen, daß z. B. die Tatsache der Anfechtbarkeit des Eigentums des Kommittenten (ein Minus gegenüber der Nichtigkeit, dem völligen Mangel des Eigentums) dem Kommissionär nachteiliger wäre als die Nichtigkeit.

Sind andere Bestimmungen wiederum günstiger für den Erwerber eines Rechts als die §§ 932 ff., so bleiben diese außer Betracht, das gilt z. B. für die Bestimmungen, die über die Wirkung von Registereinträgen getroffen sind (§ 1435 BGB., § 15 Abs. 1 HGB.): Wenn z. B. Eheleute den gesetzlichen Güterstand ausgeschlossen, Gütertrennung vereinbart und dies im Güterrechtsregister verlautbart haben, später aber durch Vertrag den gesetzlichen Güterstand wieder herstellen, ohne den neuen Vertrag sofort eintragen zu lassen, so kann dem Kommissionär eine Verfügungsbeschränkung der Frau, die mit ihm einen Kommissionsvertrag über eingebrachtes Gut abgeschlossen hat, nur bei positiver Kenntnis, nicht schon bei grobfahrlässiger Unkenntnis der Beschränkung entgegengehalten werden (§ 1435 Abs. 1 am Ende BGB.).

In solchen Fällen schlägt dann auch — nebenbei gesagt — § 1404 BGB. nicht durch.[1])

B. Im Einzelfalle wird es oft Schwierigkeiten machen, die Begriffe leichte und grobe Fahrlässigkeit voneinander zu scheiden, da die Grenzen naturgemäß sehr fließend sind; je nach dem Temperament des Richters kann die Entscheidung desselben Tatbestandes verschieden ausfallen.[2])

Grobe Fahrlässigkeit ist insbesondere dann anzunehmen:

1. wenn der Erwerber verdächtige Umstände kennt und dennoch weitere Nachforschungen unterläßt, obwohl sie ohne weiteres geboten waren[3]) und

2. wenn er unter besonders schwerer Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt es unterläßt, sich die Kenntnis solcher Umstände zu verschaffen.[4])

Dabei ist zu beachten, daß die Pflicht zur Prüfung verdächtiger Umstände dem Erwerber in erster Linie im Interesse des Berechtigten, nicht in seinem eigenen Interesse auferlegt ist; daß der Erwerber das Bewußtsein dieser Pflicht gehabt hat, ist nicht erforderlich. Es genügt die Feststellung der Diligenzpflicht im Gesetz.[5]) Wenn z. B. dem Kommissionär Wertpapiere ohne Erneuerungsschein und Coupons (Zinsscheine) übergeben werden, muß ihn das befremden. Wertpapiere werden zwar ohne diese Scheine in Verwahrung gegeben, für die Veräußerung aber befinden sie sich in regelwidrigem Zustande. Wenn der Kommissionär nicht damit rechnet, daß es sich nur um zur Verwahrung gegebene Papiere handelt, daß also erhebliche Zweifel an der Berechtigung der Kommittenten, sie zu veräußern, entstehen müssen, läßt er sich eine grobe Fahrlässigkeit zuschulden kommen.[6]) Ist der Kontrahent bevollmächtigt, so hat der andere die Vollmacht jedenfalls dann zu prüfen, wenn ihm Zweifel auftauchen. Dagegen ist es nicht

---

[1]) Ausführlich über diesen Punkt Neuburger S. 47 ff.

[2]) Wendt S. 8.

[3]) Staudinger § 932 II, 6 S. 309.

[4]) Dü.-Ha. Bd. 2 S. 462; Goldmann § 366 Nr. 51 S. 1533/34.

[5]) RG. Bd. 58 S. 164.

[6]) RG. Bd. 36 S. 121/22: Der Erwerber hatte zwar nachträglich die Scheine gefordert, aber nur in seinem eigenen Interesse.

angängig, eine allgemeine Pflicht zur Prüfung der Vollmacht zu statuieren. Die Beurteilung des zu fordernden guten Glaubens ist nicht von der Persönlichkeit des Erwerbers abhängig zu machen, es ist vielmehr ein gewisser Durchschnittsmaßstab anzulegen.

Tritt für den Kommissionär ein (gesetzlicher oder gewillkürter) Vertreter auf, so entscheidet der gute Glaube des Vertreters. Handelt der Bevollmächtigte dagegen nach bestimmten Weisungen seines Vollmachtgebers, so ist § 166 Abs. 2 BGB. zu beobachten, wonach sich der Vollmachtgeber in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte oder, wenn das Kennen dem Kennenmüssen gleichsteht, kennen mußte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen kann.

Bei Gesamtvertretern schadet böser Glaube auch nur eines Vertreters, so z. B. bei Gesamtprokuristen (§ 48 Abs. 2 HGB.), bei mehreren Vertretern einer Aktiengesellschaft (§ 125 HGB.).[1])

Daß der nichtverfügungsberechtigte Kommittent gutgläubig ist, ist nicht erforderlich, ebensowenig aber schadet selbstverständlich böser Glaube des Kommissionärs, wenn der Kommittent tatsächlich zur Verfügung berechtigt war.

Der gute Glaube braucht sich nur auf das Recht des unmittelbaren Vormanns zu erstrecken.[2]) Wußte der Kommissionär, daß der Vormann des Kommittenten nicht berechtigt war, so schadet ihm diese Kenntnis nicht, wenn er gutgläubig annimmt, daß der Kommittent trotzdem das Recht erworben hatte.

C. Einer kurzen Würdigung bedarf noch § 367 HGB. Hiernach gilt der gute Glaube eines Kaufmanns, der Bankier- und Geldwechslergeschäfte betreibt, falls ihm gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Inhaberpapiere (abgesehen von den in Abs. 3 des zitierten Paragraphen genannten Papieren) veräußert oder verpfändet werden, als ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Veräußerung oder Verpfändung der Verlust des Papieres im Deutschen Reichsanzeiger bekanntgemacht und seit dem Ablauf des Veröffentlichungsjahres nicht mehr als ein Jahr verstrichen

---

[1]) Staub Bd. 2 § 366 S. 1337; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 463; Staudinger § 932 II, 1 f. S. 310.

[2]) Staudinger § 932 II c S. 309.

war. Diese gesetzliche Vermutung des bösen Glaubens kann der Bankier dadurch entkräften, daß er besondere Umstände, die sein Kennen oder Kennenmüssen dieser Verlustanzeigen ausschließen, nachweist (Abs. 2). Während nach § 932 Abs. 2 der Erwerbsgegner die dem Erwerb vom Nichtberechtigten hinderlichen Umstände geltend machen und beweisen muß, ist hier die Beweislast für das Vorhandensein der den gutgläubigen Erwerb begründenden besonderen Umstände dem Erwerber selbst aufgelegt.

U. E. hat dieser Paragraph auch auf den Erwerb des gesetzlichen Pfandrechtes Anwendung zu finden.[1]) Der Kommissionär, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, würde also an gestohlenen usw. Inhaberpapieren ein gesetzliches Pfandrecht trotz seines guten Glaubens nicht erwerben, wenn der Verlust des Papieres im Reichsanzeiger veröffentlicht ist. In den meisten Fällen wird allerdings die Frage schon deshalb unpraktisch sein, weil der Kommissionär, der derartige Geschäfte betreibt, im eigenen Interesse gezwungen ist, die Verlustanzeigen fortlaufend zu verfolgen, um nicht bei rechtsgeschäftlicher Pfandbestellung Verluste zu erleiden. Die aus dieser Lektüre gewonnenen Kenntnisse kann er natürlich nicht ohne weiteres ignorieren, sobald er Papiere zur Veräußerung in seine Hand bekommt und damit ein gesetzliches Pfandrecht an ihnen erwirbt. Außerdem kommt hinzu, daß man die Ausnahme, die das Handelsrecht für den gesetzlichen Pfandrechtserwerb trifft, nicht ohne Grund über die für den vertragsmäßigen Pfandrechtserwerb geltenden Bestimmungen hinaus ausdehnen darf.

§ 7.

Der Gegenstand des gesetzlichen Pfandrechts.

I. Nach § 397 HGB. hat der Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht am „Kommissionsgut", sofern er es im Besitz hat usw., bei der Verkaufskommission insbesondere also an den Gegenständen, die ihm vom Kommittenten mit dem Auftrage, sie zu veräußern, zugehen. Daß der Verkauf sofort stattfindet, ist nicht erforderlich

[1]) Staub § 366 Anm. 65 S. 1351; a. M. Makower § 367 III a S. 1098.

Die Eigenschaft des Kommissionsgutes mit der Folge, daß sie dem Pfandrechte unterworfen sind, haben die überschickten Waren usw. ferner auch dann, wenn sie längere Zeit beim Kommissionär lagern, ohne daß der Auftrag zum Verkauf erteilt ist.[1]) Das kommt vor allem bei bestehender Geschäftsverbindung zu Verkaufskommissionen vor. Objekte, die dem Kommissionär dagegen lediglich zur Aufbewahrung übergeben sind, unterliegen dem gesetzlichen Pfandrechte nicht.[2])

Das einmal kommittierte Gut bleibt dem gesetzlichen Pfandrechte unterworfen, auch wenn die Kommission vom Kommittenten widerrufen[3]) oder vom Kommissionär gekündigt wird.[4])

Als Kommissionsgut ist andererseits das nicht anzusehen, was nur in mittelbarer Beziehung zur Kommission steht und von vornherein nicht dazu bestimmt war, mit verkauft zu werden. Das gilt vor allem für Transportmittel und Verpackungsmaterial,[5]) falls letzteres nur für den Transport bis zum Kommissionär dient. Pferde und Wagen, die das Gut zum Kommissionär befördern, werden von dessen Pfandrecht nicht ergriffen, ebensowenig z. B. Behälter, wie abzufüllende Bassinwagen,[6]) Fässer, Kisten und dergl., sobald sie nicht mit zum Käufer gehen, sondern beim Kommissionär bleiben oder zum Kommittenten zurückgehen sollen.

II. Dieser allgemeine Begriff „Kommissionsgut" erfährt nun durch § 383 HGB. eine Erläuterung. Dort heißt es: Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere ... zu kaufen oder zu verkaufen.

a) „Ware". Dieselbe Zusammenstellung „Ware" und „Wertpapier" finden wir im § 1 Abs. 2 Ziff. 1 HGB., wonach als Handelsgewerbe jeder Gewerbebetrieb gilt, der die Anschaffung

---

[1]) Goldmann Bd. 3 § 397 S. 1687.

[2]) Goldmann Bd. 3 S. 1687; Makower Bd. 2 S. 1463; Staub Bd. 2 S. 1782; Gareis-Fuchsberger Art. 374 Nr. 72 S. 794; ROHG. Bd. 15 S. 424, Bd. 20 S. 89—90.

[3]) JurW. 1901 S. 408 Nr. 30.

[4]) Staub Bd. 2 S. 1783.

[5]) Staub Bd. 2 S. 1783; Goldmann Bd. 3 S. 1688.

[6]) JurW. 1889 S. 290 Nr. 24.

und Veräußerung von beweglichen Sachen (Waren) und Wertpapieren zum Gegenstande hat. Es herrscht nun Streit darüber, ob unter „Ware" im Sinne des Handelsgesetzbuchs alle beweglichen Sachen oder nur die, die für den Handelsverkehr bestimmt sind, zu verstehen sind, indem die einen[1]) die Beifügung des Wortes „Ware" in Parenthese hinter bewegliche Sachen als eine Einschränkung des Begriffs, die anderen[2]) dies nur als technische Bezeichnung, als handelsrechtlichen Namen der beweglichen Sache auffassen. Dieser Unterschied, der für die Bestimmung des Begriffs „Handelsgewerbe" und „Kommissionsgeschäft, Kommissionär" vielleicht von Bedeutung ist, ist für unsere Frage, bei der es sich darum handelt, festzustellen, an welchen Gegenständen der Kommissionär ein Pfandrecht erwerben kann, unerheblich. Auch wenn man dafür ist, daß der Begriff „Ware" nicht alle beweglichen Sachen umfaßt, ergibt sich jedenfalls aus der Vorschrift des § 406 HGB., daß auch an beweglichen Sachen, die nicht „Ware" sind, dem Kommissionär ein Pfandrecht zustehen kann. Für uns kommt es hier vielmehr nur darauf an, daß das Handelsgesetzbuch unter Ware nur bewegliche Sachen versteht. Dadurch ist[3]) einmal ein gesetzliches Pfandrecht an Grundstücken ausgeschlossen, obwohl nach dem bereits zitierten § 406 ein Grundstück als Gegenstand eines Kommissionsgeschäfts denkbar ist.[3]) Bei der nach jetzigem Recht bestehenden Verschiedenheit im Wesen und der Gestaltung des Fahrnis- und Grundstückspfandrechts hätte es einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft, wenn § 397 auf Grundstücke Anwendung finden sollte.

2. Auch Rechte können nicht Gegenstände des gesetzlichen Pfandrechts des Kommissionärs sein,[4]) soweit sie nicht in Wertpapieren verkörpert sind.

Für den gutgläubigen Rechtserwerb, soweit er Mobilien betrifft, insbesondere den Pfandrechtserwerb, gelten bekanntermaßen

---

[1]) Staub Bd. 1 § 1 Anm. 38 S. 40; Dü.-Ha. Bd. 1 S. 29.

[2]) Goldmann Bd. 1 S. 12; Denkschr. S. 10.

[3]) Goldmann Bd. 3 § 383 S. 1657; Staub Bd. 1 § 1 Anm. 38 S. 40; Lehmann-Ring Bd. 2 § 397 Nr. 11 S. 250.

[4]) Dü.-Ha. Bd. 1 S. 29; Lehmann-Ring a. a. O.; RG. Bd. 25 S. 5; Neuburger S. 116.

die §§ 1207 ff. mit §§ 932 ff. Darauf haben wir bereits hingewiesen. Eine Ausnahme ist jedoch bis jetzt noch nicht erwähnt worden. Ist die dem Kommissionär übergebene bewegliche Sache dem Eigentümer oder, falls er nur mittelbarer Besitzer war, dem unmittelbaren Besitzer (§ 935 Abs. 1 Satz 2) gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so versagen die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (§ 935 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Dabei ist ohne Belang, ob der Kommittent der Dieb ist oder die Ware von dritter Seite als Hehler oder in gutem Glauben erlangt hat. Gestohlene, verlorene, abhanden gekommene Sachen sind mit einem dauernden, den gutgläubigen Rechtserwerb ausschließenden Makel behaftet, von dem sie allerdings durch ihre Rückkehr zum Eigentümer oder durch Erwerb im Wege der Ersitzung (§§ 937 ff. BGB.) befreit werden können.

b) Wertpapiere. Da es sich hier ebenfalls nur um die Beantwortung der speziellen Frage handelt, inwieweit gutgläubiger Pfandrechtserwerb an Wertpapieren möglich ist, so müssen wir zwar wissen, was unter einem Wertpapier überhaupt zu verstehen ist, vor allem aber — das ist das Wichtigere — kommt die Form, der Charakter des Wertpapiers (Inhaberpapier, Orderpapier), wie wir unten sehen werden, für uns in Betracht.

1. Die Gesetze reden eine verschiedene Sprache,[1]) das Handelsgesetzbuch gebraucht den Ausdruck „Wertpapier" in anderem Sinne als die Zivilprozeßordnung und das Bürgerliche Gesetzbuch, das Bankdepotgesetz, das wir auch in den Kreis unserer Abhandlung zu ziehen haben, ist sogar so ungenau, daß es das Wort „Wertpapier" in einem Falle gebraucht, wo dies zweifellos falsch ist. Es zählt nämlich in § 1 den Erneuerungsschein (Talon) zu den Wertpapieren.[2]) Aus den Gesetzen selbst ist deshalb eine Begriffsbestimmung nicht zu entnehmen, diese zu finden ist der Wissenschaft und Praxis überlassen worden. Im Anschluß an Brunners grundlegende Ausführungen[3]) bezeichnet man eine Urkunde dann

---

[1]) Jacobi S. 11/12; Brunner bei Endemann Bd. 2 § 191 S. 140/41.
[2]) vgl. Anm. 4 auf S. 33.
[3]) Makower Bd. 1 S. 24; Staub Bd. 1 S. 40/41; Dü.-Ha. Bd. 1 S. 30;

als Wertpapier, „wenn die Verwertung, Ausübung, Übertragung des in der Urkunde verbrieften Rechts durch die Innehabung der Urkunde bedingt ist".

Wir gewinnen auf diese Weise wenigstens die Negative, daß alle die Urkunden von vornherein als mögliche Pfandobjekte ausscheiden, die nicht „Rechtsträger" sind,[1] keinen selbständig realisierbaren Vermögenswert haben, z. B. Belege, Beweis- und Schuldurkunden, ferner aber auch die sogen. „Legitimationspapiere",[2] die nicht den Inhaber als solchen berechtigten, sondern nur dem Schuldner die Prüfung der Berechtigung des Gläubigers erleichtern sollen: Depotscheine, Lieferscheine, Lebensversicherungspolicen, Sparkassenbücher,[3] Erneuerungsscheine (Talons);[4] auch Grundschuld-, Hypotheken- und Rentenbriefe gehören hierher mit Ausnahme des Inhabergrundschuldbriefs, auf den (§ 1195 BGB.) die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung finden (§§ 793 ff. BGB.). Auch bei den zuletzt genannten Urkunden — Grundschuld-, Hypotheken- und Rentenbriefen — bewirkt die Übergabe des Papiers nicht die Übertragung des Rechts,[5] es gilt vielmehr § 952 Abs. 2 BGB.

2. Entsprechend dem zum Begriff „Ware" Ausgeführten kommt auch hier für unser Thema nichts darauf an, ob das Handelsgesetzbuch in §§ 383 u. 1 einen beschränkten Kreis von Wertpapieren im Auge hat, nämlich nur „für den Handel bestimmte" Wertpapiere, für die der Ausdruck „Handelspapiere"[6] geprägt worden ist. Das alte Handelsgesetzbuch sprach in Art. 271

Goldmann Bd. 1 S. 12/13; Brunner a. a. O. S. 147; RG. Bd. 10 S. 40, Bd. 17 S. 57; Strohal im Recht 1901 S. 159 f.

[1]) Staub § 1 Anm. 41; Jacobi S. 4; RG. Bd. 26 S. 43.

[2]) Staub Bd. 2 § 368 Anm. 90; Staudinger § 935 II, 2, 6 S. 318; Biermann § 935 Nr. 4 S. 146; Lehmann-Ring Bd. 2 § 366 Nr. 6 S. 178, § 397 Nr. 11 S. 250; Neumann § 935, 5.

[3]) vgl. Anm. 1 auf dieser Seite.

[4]) Staub Bd. 2 S. 1783; Deneke, Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 393 (353 ff.); RG. Bd. 3 S. 155; Makower Bd. 2 S. 1403.

[5]) Staub Bd. 1 S. 40/41; RG. Bd. 26 S. 45.

[6]) Staub Bd. 1 § 1 Anm. 39 S. 40; RG. Bd. 16 S. 85 ff., Bd. 40 S. 134; Goldmann Bd. 1 S. 12/13; Jacobi S. 8; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 20; Denkschr. S. 10.

bei der Regelung der Handelsgeschäfte von „Staatspapieren, Aktien und anderen für den Handel bestimmten Wertpapieren".[1]) Es kann dahingestellt bleiben, ob dies auch für das neue Handelsgesetzbuch zutrifft, das sich, wie gesagt, jeder Exemplifikation in den angezogenen Paragraphen enthält, so daß event. die Wertpapiere auszuscheiden hätten, die die Erfordernisse a) der leichten Übertragbarkeit und b) der gesicherten Realisierung nicht erfüllen[2]) und deshalb zum Handel ungeeignet sind, etwa weil ihre Indossabilität ausgeschlossen ist[3]) (z. B. Rektawechsel) oder weil die Übertragung des in der Urkunde verbrieften Rechts erschwert ist[4]) oder durch Zession,[5]) nicht durch Indossament erfolgt (z. B. erschwerte Übertragbarkeit bei der vinkulierten Namensaktie, Übertragung des Rechts durch Zession beim Neukux des preußischen Rechts).

3. Ebensowenig haben wir auf den Begriff der „Vertretbarkeit" des Wertpapiers, der uns in § 1 BDG. entgegentritt, Nachdruck zu legen, soweit es sich um die Frage des gutgläubigen Rechtserwerbs handelt. Da aber die Vertretbarkeit der Urkunde für den § 8 der Abhandlung eine gewisse Rolle spielt, so soll gleich an dieser Stelle kurz darauf eingegangen werden. Nach § 1 BDG. werden einem Kaufmann besondere Pflichten auferlegt, wenn er im Betriebe seines Handelsgewerbes Aktien,[6])

---

[1]) vgl. Anm. 6 S. 33.

[2]) Denkschr. S. 10.

[3]) Staub § 1 Anm. 40 S. 41.

[4]) Die „vinkulierte" Namensaktie rechnet Staub § 1 Anm. 40 mit RG. Bd. 36 S. 39 trotzdem zu den „Handelspapieren"; Dü.-Ha. Bd. 1 S. 30; a. M. Jacobi S. 9 § 222 Abs. HGB.

[5]) Die Neukuxe des preußischen Rechts dürften deshalb eigentlich nicht zu den Handelspapieren gezählt werden, da ihre Übertragung nicht durch Indossament erfolgt; Staub 6./7. Aufl. § 1 Anm. 38 S. 49. Der Neukux hat jedoch als Wertpapier (Handelspapier) im Sinne der §§ 1, 383 zu gelten; Staub 8. Aufl. § 1 Anm. 40; RG. Bd. 54 S. 351. Jacobi S. 9/10 steht teilweise im Gegensatz dazu, wenn er weniger Wert auf juristische als auf wirtschaftliche Gesichtspunkte legt. Der Begriff des „Handelspapiers" hat sich vorwiegend nach letzteren zu bestimmen.

[6]) Namen- oder Inhaberaktien (§ 222 HGB.); v. Pechmann S. 3.

Kuxe,[1]) Interimsscheine,[2]) Erneuerungsscheine (Talons), auf den Inhaber lautende[3]) oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen[4]) oder vertretbare andere Wertpapiere mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld unverschlossen zur Verwahrung oder als Pfand übergeben erhält. Während es für die im § 1 ausdrücklich aufgezählten Wertpapiere gleichgültig ist, ob sie zu den vertretbaren Wertpapieren zu zählen sind oder nicht,[5]) ist für die Anwendbarkeit des Gesetzes auf andre Wertpapiere Voraussetzung, daß sie nach § 91 BGB. zu denjenigen beweglichen Sachen gehören, „die im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen", und zwar ist nach Rießer[6]) Vertretbarkeit der Urkunde und Vertretbarkeit der durch dieselbe verbrieften Leistung Bedingung. Dem Bankdepotgesetz sind demnach folgende Papiere nicht unterworfen:

Konnossemente, Lade-, Lagerscheine, Wechsel und alle Schuldverschreibungen, welche auf Namen lauten und nicht durch Indossament übertragbar sind.[7])

III. Nach der klaren Vorschrift des § 397 HGB. verbunden mit § 383 muß zugegeben werden, daß dem Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht nicht nur an beweglichen Sachen, sondern an Wertpapieren zusteht, wobei es an sich nicht darauf ankommt, welcher der drei Klassen, die man gebräuchlicherweise unterscheidet,[8]) das Wertpapier angehört, ob es Inhaber-, Order- oder Rekta-

---

[1]) Regelmäßig nicht indossabel; v. Pechmann a. a. O.

[2]) Regelmäßig indossabel; v. Pechmann ebenda.

[3]) z. B. Dividenden- und Zinsscheine; Rießer S. 14.

[4]) z. B. die an Order lautenden (und alsdann indossabeln) kaufmännischen Verpflichtungsscheine, die von einem Kaufmanne über die Leistung von Geld, Wertpapieren oder andern vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist; § 363 HGB.; Rießer S. 14; Lusensky S. 56.

[5]) Rießer S. 14 Anm. 1; a. M. Lehmann § 118, 2c S. 524; Rießer 1. Aufl. S. 12.

[6]) Rießer S. 14.

[7]) Rießer a. a. O., bes. Anm. 3 u. 4; v. Pechmann S. 5; Lusensky S. 56.

[8]) Staudinger Bd. 3 S. 1322.

papier ist[1]) (vgl. auch z. B. §§ 233, 234 BGB., wonach ebenfalls ein gesetzliches Pfandrecht an Wertpapieren möglich ist).

a) In die Klasse der Inhaberpapiere gehören nicht nur die Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793 ff. BGB.), sondern auch Aktien auf den Inhaber (§ 179 Abs. 2 HGB.), Zinsscheine (Coupons) und ausländische Inhaberpapiere.[2])

b) Als Orderpapiere sind der Wechsel, der Scheck und die in § 363 Abs. 1 u. 2 HGB. aufgezählten Papiere zu nennen, sofern diese an Order lauten (vor allem die sogen. Waren- oder Dispositionspapiere), ferner die Namensaktie und der Interimsschein (§§ 222 Abs. 3, 224 HGB.), denen Übertragbarkeit durch Indossament, dessen Wirkung sich nach Art. 36, 74 WO. bestimmt, beigelegt ist (vgl. dazu die landesrechtlichen Vorbehalte, Art. 16 EG. z. HGB. bezüglich des Lagerscheins, Art. 17 die Schecks betr. und Art. 21).[3])

c) Als Rektapapiere endlich, die wie die Orderpapiere Namenpapiere sind, sich aber von diesen dadurch unterscheiden, daß sie nicht an Order gestellt sind, und daß die Übertragung des in ihnen verbrieften Rechts durch einen materiellen Übertragungsakt erfolgt, haben folgende Papiere zu gelten: Der Wechsel, wenn er mit der sogen. „negativen" Orderklausel versehen ist (Art. 9 WO., das auf Namen umgeschriebene „Inhaberpapier, die „vinkulierte" Namensaktie (§§ 180, 222 Abs. 4 HGB.), und[4]) der Reichsbankanteilschein.

d) In der zweiten Klasse wiederum ist zwischen unvollkommenen und vollkommenen Orderpapieren ein Unterschied zu machen.[5]) Unvollkommene Orderpapiere sind z. B. die Namensaktie und der Reichsbankanteilschein: Die Namensaktie insofern,

---

[1]) Makower Bd. 2 S. 1086; Staub Bd. 1 § 1 Anm. 39 S. 40; Neuburger S. 115/16; Makower Bd. 1 IXc S. 24; Goldmann Bd. 1 § 1 II, 2 S. 13; Staudinger § 1273 Nr. 3 S. 907, § 1293 Nr. 3 S. 935.

[2]) Staub Bd. 1 § 1 Anm. 40 S. 41; Staudinger § 935 II S. 318; Biermann § 935 Nr. 4 S. 145; Gierke Bd. 2 § 112 S. 158.

[3]) Planck Bd. 3 § 1292, 2 S. 850.

[4]) Gierke Bd. 2 § 110 S. 133, § 111 S. 144 Anm. 11; Lehmann-Ring Bd. 1 § 1 Nr. 49.

[5]) Gierke Bd. 2 § 110 S. 132.

als das Indossament nicht sämtliche Rechte aus dem Papier überträgt — nach § 223 Abs. 3 HGB. gilt nur derjenige als Aktionär im Verhältnisse zur Gesellschaft, der als solcher im Aktienbuche verzeichnet ist —, und der Reichsbankanteilschein deshalb, weil auf das nach § 5 des Statuts v. 21. 5. 1875 (RGBl. S. 203) zugelassene Indossament nur die Art. 11—13 WO. über die Form, nicht aber die Bestimmungen über die Wirkung des Indossaments Anwendung finden.

IV. Soweit nun aber der gutgläubige Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts in Frage steht, sind die einzelnen Klassen gesondert zu behandeln, und zwar ist unseres Erachtens ein gutgläubiger Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts nach § 366 Abs. 3 HGB. außer an beweglichen Sachen nur an Wertpapieren der ersten Klasse, an Inhaberpapieren, möglich, an Order- und Rektapapieren dagegen ausgeschlossen.

Folgende Erwägungen führen uns zur Aufstellung dieser Behauptung:

a) Abs. 1 u. 2 des § 366 HGB. sprechen nur von der Veräußerung und Verpfändung beweglicher Sachen durch einen Nichtberechtigten, und dehnen nur für diese Fälle den Schutz des guten Glaubens aus. Wenn dann § 366 im Abs. 3 den gesetzlichen Pfandrechtserwerb der ausdrücklich genannten Personengruppen den in Abs. 1 u. 2 ausgesprochenen Grundsätzen unterstellt, so ist die entsprechende Anwendung in erster Linie nur insoweit möglich, als bewegliche Sachen in Frage kommen; es erscheint dagegen ausgeschlossen, die eigentümlichen Vorschriften über den gutgläubigen sachenrechtlichen Erwerb auf den Erwerb von Wertpapieren, die ihrer rechtlichen Natur nach sich wesentlich von der beweglichen Sache unterscheiden, zu erstrecken. Die entsprechende Anwendung des Abs. 3 wird aber dann statthaft, wenn bereits Abs. 1 u. 2 eine Ausdehnung auf andere Gegenstände als auf bewegliche Sachen gestatten. Diese Möglichkeit ergibt sich aus der Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das Bürgerliche Gesetzbuch unterstellt sowohl den Eigentums- wie Pfandrechtserwerb an Inhaberpapieren durchaus den sachenrechtlichen Vorschriften, wie aus den §§ 935 Abs. 2 u. 1293 deutlich hervorgeht; und zwar tut es dies mit gutem Grunde: Beim Inhaber-

papier ist die Verkörperung des Rechtes im Papier so vollkommen durchgeführt, daß der Erwerb des Papieres, der körperlichen beweglichen Sache, zugleich den Erwerb des in der Urkunde verbrieften unkörperlichen Rechtes bedeutet, ohne daß noch ein besonderer Akt der Rechtsübertragung notwendig wäre.

b) Während § 1293 BGB. die vertragsmäßige Verpfändung von Inhaberpapieren nach den für bewegliche Sachen geltenden Vorschriften vor sich gehen läßt, hat sich die Verpfändung der übrigen Wertpapiere mit einer später zu besprechenden Ausnahme nach den §§ 1273 ff. BGB. zu richten, und zwar sind nach § 1274 Abs. 1 Satz 1 die für die Übertragung des Rechtes bestehenden Bestimmungen auch für die Verpfändung maßgebend. So würde sich z. B. die Verpfändung eines Rektawechsels durch Abtretung der Forderung und Übergabe des Wechsels zu vollziehen haben, da beide Akte zur Eigentumsübertragung erforderlich sind.[1]) Die Übergabe der Sache kann in den Formen der §§ 1205, 1206 erfolgen (§ 1274 Abs. 1 Satz 2).

Damit ist eine entsprechende Anwendung der sachenrechtlichen Vorschriften allein deutlich ausgeschlossen. Daraus ist ohne weiteres die auch vom Gesetz für selbstverständlich gehaltene Konsequenz zu ziehen, daß eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb von einem Nichtberechtigten, der §§ 1207, 1208, erst recht unstatthaft ist. Den § 1208 schließt das Gesetz (§ 1273 Abs. 2 Satz 2 BGB.) ausdrücklich aus, § 1207 ausdrücklich auszuschließen, war nicht notwendig. Denn soweit die Übergabe einer Sache zur Verpfändung des Rechtes nicht erforderlich ist, kann § 1207 schon deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil er Besitz voraussetzt; ist dagegen die Übergabe einer Sache erforderlich, so kann die Übergabe deshalb nicht zur Grundlage gutgläubigen Erwerbs gemacht werden, weil die Übergabe der Sache, wie Neuburger hervorhebt,[2]) nicht die allein wesentliche Übertragungsform, sondern nur ein Akt neben anderen ist.

---

[1]) Stranz, WO. Art. 9 Anm. 16 S. 90.

[2]) Neuburger S. 110, wobei er in Anm. 1 übrigens darauf hinweist, daß in § 1209 des 1. Entw. des BGB. die Unanwendbarkeit für beide Vorschriften ausgesprochen war.

In diesem Falle verbietet sich eine entsprechende Anwendung der sachenrechtlichen Schutzvorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten auf den gesetzlichen Pfandrechtserwerb einfach deshalb, weil sie schon auf den vertragsmäßigen Pfandrechtserwerb keine Anwendung finden.[3]) Das gilt uneingeschränkt für die Rektapapiere und für die Orderpapiere, sobald diese durch Übergabe der Urkunde und Abtretung der Forderung verpfändet werden, d. h. mit Beziehung auf unser Thema, sobald das Indossament nicht auf den Kommissionär lautet.

c) § 1292 BGB. läßt jedoch für die Verpfändung von Orderpapieren eine zweite Möglichkeit offen: Es genügt zur vertragsmäßigen Bestellung des Pfandrechts Einigung und Übergabe der indossierten Urkunde. In diesem Falle ist nun allerdings der Erwerb vom Nichtberechtigten geschützt; der bei dieser Verpfändungsform gewährte Schutz des guten Glaubens beruht jedoch nicht auf sachenrechtlichen Vorschriften, sondern gründet sich auf die in der Wechselordnung, besonders in den Art. 36, 74 geregelten Wirkungen des Indossaments, das zum Zwecke der Verpfändung auf den Wechsel, das Orderpapier, gesetzt wird. Auch hier lehnen wir es aus den eingangs erörterten Gründen ab, § 366 Abs. 3 dann für anwendbar zu erklären, wenn das Orderpapier, das der Kommissionär in Besitz hat, auf ihn indossiert ist. Das gesetzliche Pfandrecht entsteht, wie wir bereits betont haben, unabhängig vom Wissen und Willen der Beteiligten. Das Indossament ist also weder zum Zwecke der Eigentumsübertragung noch zum Zwecke der Pfandbestellung gegeben, es kann demgemäß auch keinerlei Wirkung haben. Und zwar macht es keinen Unterschied, ob das Indossament auf den Kommissionär lautet oder ob es Blankoindossament ist und in diesem Falle wie ein Inhaberpapier zu behandeln wäre. Das mit Blankoindossament versehene Orderpapier wird ja dem Inhaberpapier dadurch allerdings sehr ähnlich, es bleibt aber trotzdem seinem Wesen nach Orderpapier und darf den Bestimmungen, die für Inhaberpapiere gelten, nicht

---

[3]) Fischer-Henle § 1273 Anm. 4 S. 642; Staudinger § 1292 Nr. 3 S. 935; Planck § 1273, 2c S. 830; Lehmann § 121 S. 543; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 503/04; Biermann § 1292 Nr. 3 S. 505/06.

unterworfen werden, wie dies Neuburger anzunehmen scheint.[1]) Da wir die Anwendung des § 366 Abs. 3 auf bewegliche Sachen und Inhaberpapiere beschränken, können wir dahingestellt sein lassen, ob das zu Verpfändungszwecken gegebene Indossament die von Staub[2]) behauptete Wirkung des Eigentumsindossaments hat, daß es nämlich alle Mängel des materiellen Erwerbsgeschäfts, z. B. auch Minderjährigkeit, Geschäftsunfähigkeit heile, oder ob es in seinen Wirkungen nicht über die im Sachenrecht für den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten geltenden Grundsätze hinausgeht.[3]) [4])

a) Eine Ausnahme vom eben Gesagten dürfte nur beim Pfanderwerb von Gütern mittels Dispositionspapieren der im § 397 HGB. genannten Art zu machen sein. Auch hier brauchen wir auf die Streitfrage nicht einzugehen, ob beim vertragsmäßigen Pfandrechtserwerb des Gutes mittels indossierten Konnossements, Lade- oder Lagerscheins in dem Umfange geschützt ist, daß das Pfandrecht selbst dann entsteht, wenn das Gut gestohlen war, oder wenn der indossierende Verpfänder geschäftsunfähig war oder nicht, da auch Staub,[5]) der konsequenterweise die erstere Ansicht vertritt, die besonders weitgehende Wirkung des Indossaments für den gesetzlichen Pfandrechtserwerb nicht behauptet. Hier wird man mit Rücksicht auf § 424 HGB. und die entsprechenden Paragraphen sagen müssen: Der gesetzliche Pfandrechtserwerb am Gute mittels auf den Namen des Kommissionärs

---

[1]) Neuburger S. 116 ohne jegliche Begründung.

[2]) Staub, WO. Art. 74 § 3, § 365 HGB. Anm. 9; Neuburger S. 31, 113; Staudinger Bd. 3 § 932 IIg S. 319, § 1207 S. 845.

[3]) Lehmann S. 540 teilt Staubs Standpunkt nur hinsichtlich des Eigentumsindossaments; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 455/56.

[4]) Hierzu sei ganz allgemein bemerkt, daß auch Staub (Bd. 2 S. 1351 Anm. 67, 68 zu § 366 und S. 1380) für den gesetzlichen Pfandrechtserwerb die Wirkungen gutgläubigen Erwerbs nur im Umfange der sachenrechtlichen Vorschriften eintreten läßt. Ihm schließen sich Dü.-Ha. Bd. 2 S. 488, 545 und Lehmann § 121 S. 543 an im Gegensatz zu Makower Bd. 2 § 366 IIc S. 1036, der allenthalben unsrer Meinung ist. Ob er dies allerdings aus den von uns angegebenen Gründen tut, ist wie bei den Gegnern dieser Ansicht nicht recht ersichtlich, da eine klare, nähere Begründung bei allen zu vermissen ist.

[5]) Staub Bd. 2 § 368 Anm. 91 S. 1380/81.

lautenden oder in blanco indossierten Warenpapiers tritt in allen Fällen ein, in denen der Kommissionär nach sachenrechtlichen Vorschriften ein Pfandrecht unmittelbar am Gut erwerben würde.[1]) Er ist nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt, als wenn das Gut unmittelbar in seinen Besitz gelangte.

§ 8.

Der Umfang des gesetzlichen Pfandrechts.

I. Nach § 397 HGB. hat der Kommissionär ein Pfandrecht am Gut wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften.

Damit ist in erster Linie wie für andere Pfandrechte,[2]) so auch für das Pfandrecht des Kommissionärs das Erfordernis der Konnexität (des rechtlichen Zusammenhangs) aufgestellt, d. h. der Kommissionär hat ein Pfandrecht am Gut nur wegen solcher Forderungen, die in Beziehung auf dieses Gut entstanden sind. Wenn also, um Cosacks Beispiel zu brauchen,[3]) Kommissionär A vom Kommittenten B im Februar Wertpapiere zum Verkaufe übergeben erhält und er hat aus der Ausführung des Auftrags eine der in § 397 aufgezählten Forderungen, die B nicht begleicht, so kann er, falls ihm B im November andere Papiere zum Verkaufe übersendet, an ihnen ein Pfandrecht wegen der im Februar entstandenen Forderungen nicht geltend machen. Es ist gleichgültig, ob die Beteiligten Geschäftsfreunde sind, die in dauernder Geschäftsverbindung stehen, oder ob die Verbindung jeweils neu angeknüpft wird.

---

[1]) Makower Bd. 2 S. 1476; Lehmann-Ring Bd. 2 § 365 Nr. 3 S. 374; Staudinger § 1292 Bd. 3 S. 933; Biermann S. 506; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 455/56, 502, 542; Lehmann § 119 S. 531 ff. über die verschiedenen Theorien.

[2]) Lehmann § 124 S. 555.

[3]) Cosack S. 186 Nr. 13.

II. Besteht jedoch eine dauernde Geschäftsverbindung, so wird diese meistens zur Folge haben, daß Kommittent und Kommissionär nur von Zeit zu Zeit abrechnen und ihre Forderungen und Guthaben feststellen, kurz gesagt: in „laufender Rechnung" stehen. Diese Tatsache wirkt auf den Umfang des gesetzlichen Pfandrechts erheblich ein: „Der Kommissionär hat ein Pfandrecht wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften". In unserem obigen Beispiel würden demnach, vorausgesetzt, daß eine laufende Rechnung besteht, die Novemberpapiere auch für die unbeglichenen Forderungen aus dem Februar haften. Außerdem ist nicht erforderlich, daß die Forderung eine der im § 397 HGB. aufgezählten ist (arg.: wegen aller Forderungen). Es ist nicht notwendig, daß die „laufende Rechnung" ein Kontokurrent im Sinne des § 355 HGB. ist.[1]) Es genügt für die Anwendung des Paragraphen, wenn die Rechnung auf einer Seite (auf der Seite des Kommissionärs) „läuft". Auch braucht die Rechnung nicht nur Kommissionsgeschäfte zum Gegenstande zu haben, wenn nur die Geschäftsverbindung auf Kommissionsgeschäften beruht.[2]) Selbstverständlich sind bei Berechnung der Forderung, für die das Pfand haftet, Eigengeschäfte auszunehmen.[3]) Ob diese theoretisch zweifellos richtige Operation immer möglich ist, ist allerdings fraglich.[4]) Liegt ein eigentliches Kontokurrent nach § 355 HGB. vor, so besteht kraft der Vorschrift des § 356 HGB. auch nach der Saldierung das Pfandrecht fort, soweit das Guthaben aus der laufenden Rechnung und Forderung sich decken.[5])

Es leuchtet ein, daß der „Kommissionär", der mit seinem Kommittenten in einem derartigen Rechnungsverhältnisse steht, einem anderen Kommissionär gegenüber, bei dem dies nicht der Fall ist, wesentlich begünstigt ist. Gerade bei Verkaufskommissionen

---

[1]) Lehmann-Ring Bd. 2 § 397 Nr. 7 S. 248; Cosack S. 186 Nr. 13b; Makower § 397 S. 1404/05; Staub Bd. 2 S. 1781; a. M. Dü.-Ha. Bd. 3 S. 416 („eigentliches" Kontokurrent nach § 355 HGB.); Staub 6./7. Aufl. 2 § 397 S. 1454.

[2]) Dü.-Ha. Bd. 3 S. 415.

[3]) RG. Bd. 9 S. 430.

[4]) Dü.-Ha. a. a. O. S. 417.

[5]) Dü.-Ha. a. a. O.

ist das besonders wertvoll. Das Gut, hinsichtlich dessen die Forderung entstanden ist, verläßt den Besitz des Kommissionärs meist schneller als das auf Grund einer Einkaufskommission in seinen Besitz gelangende Gut. Kann dann der Kommissionär an den Waren und Wertpapieren, die später in seinen Besitz kommen, ein Pfandrecht für frühere Forderungen geltend machen, so ist das entschieden ein großer Vorteil.

III. Eine Einschränkung dieses weiten Umfangs des gesetzlichen Pfandrechts bringt § 8 Abs. 2 des bereits erwähnten Gesetzes betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. 7. 1896 in Verb. mit Abs. 1.

Abs. 1 lautet:

„Ein Kaufmann, der im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere der im § 1 bezeichneten Art einem Dritten zum Zwecke der Veräußerung, des Umtausches oder des Bezugs von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen ausantwortet, hat hierbei dem Dritten mitzuteilen, daß die Papiere fremde sind. Satz 2 bestimmt Entsprechendes für die Weitergabe einer Einkaufskommission.

Abs. 2: Der Dritte, welcher eine solche Mitteilung empfangen hat, kann an den übergebenen oder neubeschafften Papieren ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend machen, die mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind.

Durch diese Sondervorschrift wird also trotz Bestehens einer laufenden Rechnung das Pfandrecht an Wertpapieren der im § 1 bezeichneten Art (vgl. § 7 der Abhandlung) wieder auf konnexe Forderungen beschränkt, sobald beim Auftrag dem Kommissionär die Mitteilung zugeht, daß die Papiere fremde sind. Unterbleibt die Mitteilung, so erwirbt der Kommissionär unter den üblichen Voraussetzungen bei laufender Rechnung ein Pfandrecht wegen aller Forderungen.

a) Die rechtliche Wirkung des § 8.

Für die Anwendung auf unseren Spezialfall ergibt sich folgendes:

1. § 366 HBG. wird durch § 8 Abs. 2 nicht berührt. § 366 umfaßt ja gerade den Fall, daß der Kommissionär weiß, daß das Gut, hier die Wertpapiere, nicht dem Kommittenten gehört. Die Mitteilung, daß die Papiere fremde sind, ist auf die Entstehung des Pfandrechts ohne Einfluß, wenn der Kommissionär nur gutgläubig annimmt, daß der andere Teil zur Verfügung für den Berechtigten befugt war.

2. Besteht überhaupt keine laufende Rechnung zwischen den Beteiligten, so bleibt § 8 Abs. 2 BDG. ebenfalls außer Betracht, denn bereits nach § 397 HGB. ist in diesem Falle die Geltendmachung des Pfandrechtes nur wegen konnexer Forderungen zulässig.

3. § 8 Abs. 2 kommt nur dann zur Anwendung, wenn Kommittent und Kommissionär in laufender Rechnung stehen und Wertpapiere der im § 1 bezeichneten Art in den Besitz des Verkaufskommissionärs gelangen. Welche Papiere von vornherein auszuscheiden haben, haben wir im § 7 IIb, 3 erörtert.

4. Nach der von uns im § 7 der Abhandl. vertretenen Ansicht kommt § 8 Abs. 2 nur für den gutgläubigen Erwerb von solchen Wertpapieren, die Inhaberpapiere sind, in Frage.

Durch die Bestimmung im § 8 Abs. 2 BDG. wird nun vermieden, daß Wertpapiere, die dem Kommittenten nicht gehören, für sämtliche Forderungen, die der Kommissionär an ihn hat, haften. Diese generelle Pfandhaftung wird nämlich besonders bedenklich und gefährlich, wenn eine Kommission durch mehrere Hände geht, wie es im Bankverkehr sehr häufig der Fall ist. Der Kunde in der Provinz, der ein Papier verkaufen will, wendet sich an seinen Bankier (Lokalbankier) und dieser wieder an seinen Geschäftsfreund am Börsenplatze, den Zentral- (hauptstädtischen) Bankier. Die Reihe könnte natürlich noch beliebig fortgesetzt werden. Steht nun der Lokalbankier mit dem Zentralbankier in laufender Rechnung, so würden ohne die Vorschrift im § 8 die Papiere des Kunden, die sogen. „Kundenpost", dem Zentralbankier für sämtliche Forderungen, die er an den Lokalbankier aus Kommissionsgeschäften hat, haften. Der Zentralbankier dürfte die Herausgabe der Papiere demnach so lange verweigern, bis seine sämtlichen Forderungen vom Lokalbankier gedeckt werden.

Dieser Rechtszustand hat bis zum Inkrafttreten des Bankdepotgesetzes auch tatsächlich gegolten, da auch nach Art. 306, 374 ADHGB. dem Kommissionär bei gutem Glauben an die Verfügungsberechtigung des Kommittenten und beim Vorhandensein einer laufenden Rechnung ein Pfandrecht wegen aller Forderungen aus Kommissionsgeschäften zustand. Verfiel der Lokalbankier in Konkurs, so hatte der Kunde meist das Nachsehen, wenn der Zentralbankier sein generelles Pfandrecht an den Papieren, die er vom Lokalbankier (Zwischenkommissionär) erhalten hatte, geltend machte, und zwar war naturgemäß der Verlust für den Kunden besonders empfindlich, wenn er den Lokalbankier bereits für die aus der Ausführung der Kommission entstandenen Forderungen befriedigt hatte.[1]) Überdies konnte, wenn es sich um Weitergabe einer Verkaufskommission handelte, dem Kommissionär, der dem Zentralbankier gegenüber als Kommittent auftrat, aus der Unterlassung der Mitteilung, die Papiere seien fremde, schon deshalb kaum ein Vorwurf gemacht werden, weil die bloße Mitteilung nach dem bereits anfangs Ausgeführten dem Kunden überhaupt nichts nützte.

Gerade bei Verkaufskommissionen wird allerdings § 8 Abs. 2 nicht zu oft praktisch werden, weil die Papiere meist sehr bald verkauft werden und deshalb nur kurze Zeit beim Kommissionär lagern. Wenn aber eine „Limitierung" des Kaufpreises stattfindet,[2]) muß der Kommissionär unter Umständen längere Zeit auf den zur Ausführung des Auftrags geeigneten Moment warten, so daß die Papiere länger als üblich aufbewahrt werden müssen; außerdem sei auf die bereits früher erwähnte Möglichkeit hingewiesen, daß bei bestehender Geschäftsverbindung zu Verkaufskommissionen dem Kommissionär Papiere ohne weitere Weisung zugehen, und daß die Verkaufsorder erst später erfolgt. Da diese Papiere bereits von der Übergabe an als Kommissionsgut zu gelten haben, nicht erst bei Eingang der Verkaufsorder, so unterliegen sie sofort der Pfandhaftung und bleiben event. längere Zeit beim Bankier. An dieser Stelle sei aus der bei Rießer[3])

[1]) Rießer S. 67 ff.
[2]) Lusensky S. 18; v. Pechmann S. 9.
[3]) Rießer S. 68; vgl. auch Lusensky S. 84; v. Pechmann S. 37.

mitgeteilten Entstehungsgeschichte des § 8 erwähnt, daß der Regierungsentwurf die Mitteilungspflicht auf die Weitergabe von Ein- und Verkaufskommissionen nicht ausdehnen wollte, und zwar wurde dieser Standpunkt für die Verkaufskommission eben damit begründet, daß die Papiere nur vorübergehend beim Kommissionär lagerten; in der Kommission wurde aber der Antrag auf Aufnahme des Wortes „Veräußerung" gestellt und ohne weitere Debatte angenommen.

b) Die Pflicht des Zentralbankiers als Kommissionärs.

Der Kommissionär hat bei der Entgegennahme von Verkaufsaufträgen, die ihm von einem Kaufmann (vgl. § 2 B, 2 der Abhandl.) erteilt werden, darauf zu achten, ob in dem Auftragsschreiben, -telegramm usw. eine Bemerkung enthalten ist, aus der hervorgeht, daß die Papiere fremde sind. Schon eine ungenaue oder unklare Fassung der Mitteilung ist der Entstehung des generellen Pfandrechts im Sinne des § 397 HGB. a. E. hinderlich,[1]) sofern nur der Kommissionär erkannte oder erkennen mußte, daß die Papiere dadurch als fremde bezeichnet werden sollten. Als genügend wirksam ist auch die Klausel „in Kommission" zu erachten,[2]) wenn es auch fraglich ist, ob der Zwischenkommissionär damit seiner Pflicht voll genügt hat.[3]) Am besten lautet die Mitteilung dahin, daß die Papiere fremde seien.[4])

Den Namen seiner Kunden braucht der Provinzialbankier nicht zu nennen. Das ist schon deshalb nicht empfehlenswert, weil er damit event. seinen Kundenkreis dem Zentralbankier preisgeben würde.[5]) Die Prüfungspflicht, die § 8 dem Kommissionär auferlegt, entfällt natürlich dann, wenn der Lokalbankier überhaupt

---

[1]) v. Pechmann S. 45.

[2]) v. Pechmann S. 45; Staub Bd. 2 S. 1782; Dü.-Ha. Bd. 2 S. 420; a. M. Rießer S. 75/76. Er neigt aber auch dazu, wenigstens eine „Verkehrssitte" anzunehmen, daß die Klausel „in Kommission" als Mitteilung im Sinne des § 8 zu gelten habe.

[3]) v. Pechmann S. 43; Rießer S. 76.

[4]) v. Pechmann S. 42.

[5]) Cosack S. 181 Nr. 8; Lusensky S. 88; v. Pechmann S. 43; Rießer S. 79.

keine Mitteilung gemacht hat. Der Zentralbankier hat nicht die Pflicht, sich nunmehr auch darüber zu vergewissern, ob die Mitteilung berechtigterweise unterblieben ist. Das kann man dem Zentralbankier nicht zumuten, außerdem würden Erkundigungen nicht viel nützen, da der Zentralbankier sich ja doch auf die Angaben des Lokalbankiers verlassen muß. Dazu kommt aber vor allem, daß die Mitteilungspflicht gesetzlich geregelt ist, und daß ihre Verletzung (zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten) unter Strafe steht (§ 9 Abs. 2 BDG.), der sich der Lokalbankier nicht ohne weiteres aussetzen dürfte. Schon aus diesem Grunde darf der Kommissionär von vornherein annehmen, daß Tatsachen vorliegen, die die Unterlassung der Mitteilung rechtfertigen.

Erfährt der Kommissionär von dritter Seite, daß die Papiere nicht seinem Kommittenten gehören, so braucht er im allgemeinen solche Mitteilungen als unverbindlich nicht zu berücksichtigen.[1]) Sprechen jedoch die Umstände im einzelnen Falle erheblich dafür, daß tatsächlich eine Pflichtverletzung des Zwischenkommissionärs vorliegt, so wird man allerdings vom Zentralbankier verlangen müssen, daß er weitere Erörterungen anstellt. Es ist immerhin z. B. denkbar, daß der Kunde in der Provinz irgendwie erfahren hat, daß der Lokalbankier die Mitteilung bei Weitergabe seiner Papiere unterlassen hat und sich nun unmittelbar an den Zentralbankier wendet, um seine Papiere vor der weitgehenden Pfandhaftung nach § 397 a. E. zu bewahren.

c) Die Pflicht des Lokalbankiers.

Dafür, daß die Mitteilung des § 8 ordnungsmäßig geschieht, ist allein der Lokalbankier, der erste Kommissionär verantwortlich.[2]) Ob er berechtigt ist, die Mitteilung zu unterlassen, unterliegt nur seiner Beurteilung und Prüfung. Er darf z. B. die Mitteilung, daß die Papiere fremde sind, stets dann unterlassen, wenn er die Verkaufskommission durch Selbsteintritt[3]) (§§ 400, 405 HGB.)

---

[1]) Staub Bd. 2 S. 1782; Dü.-Ha. Bd. 3 S. 419.

[2]) Lusensky S. 89.

[3]) Lusensky S. 87; v. Pechmann S. 40; Staub Bd. 2 S. 1782; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 249; Rießer S. 70; Dü.-Ha. Bd. 3 S. 419.

ausführt, weil dann die Papiere für den Lokalbankier nicht mehr fremde sind.[1]) Ferner ist es auch denkbar, daß der Kunde auf die Rechtsfolgen der Mitteilung verzichtet hat und aus diesem Grunde der Kommissionär die Mitteilung im Einverständnis mit ihm unterläßt.[2]) Für die Beurteilung der Frage, ob die Papiere fremde sind, ist der Zeitpunkt der Ausantwortung maßgebend.[3])

d) Die Wirkung des § 8 in der Praxis.

In der Praxis hat die Vorschrift in § 8 BDG. dahin geführt, daß die Kommissionäre, die eine ihr Pfandrecht einschränkende Mitteilung erhalten, meist darauf verzichten, dieses beschränkte Pfandrecht an fremden Papieren geltend zu machen. Je stärker der Geschäftsverkehr ist, desto schwieriger ist es für die Banken, festzustellen, für welche konnexen Forderungen die Papiere jeweils haften. Darauf hatte schon die Begründung zum Regierungsentwurf hingewiesen, es würden sich erhebliche Schwierigkeiten in der Gestaltung des Rechnungsverhältnisses zwischen Kommittenten und Kommissionär ergeben, wenn die Mitteilungspflicht auf Weitergabe von Verkaufskommissionen erstreckt werden sollte.[4])

Um dies durchführen zu können, müßten für den Lokalbankier beim Zentralbankier zahlreiche Konten angelegt werden, deren Führung den Geschäftsbetrieb stark hemmen würde, ohne daß sich der Aufwand an Zeit durch entsprechenden Erfolg bezahlt machte. Die Banken beschränken sich vielmehr darauf, für jeden Kunden nur zwei Konten anzulegen, das Depotkonto A, dem die Papiere einverleibt werden, die nicht als fremd bezeichnet sind, die also dann für alle Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften haften, sogen. „Eigendepot", und das Konto B, das zur Aufnahme der als fremd bezeichneten Papiere, der Kundenpost,

---

[1]) Lusensky S. 87; Staub Bd. 2 S. 1782 Anm. 2.

[2]) Staub Bd. 2 S. 1782; a. M. v. Pechmann S. 41; Lusensky S. 88, die es für unzulässig halten, die Mitteilungspflicht durch Parteivereinbarung auszuschließen, da die Vorschrift in § 8 Abs. 1 gewerbepolizeilicher Natur sei und deshalb auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts liege.

[3]) v. Pechmann S. 38.

[4]) Rießer S. 68; Lusensky S. 84; v. Pechmann S. 37.

dient. Die in Depot B vorhandenen Papiere sind überhaupt nicht geeignet, als Kreditunterlage zu dienen.[1]) Der Kommissionär, der sehr viele Papiere im Depot B und nur wenige im Depot A hat, wird seinen Kredit nunmehr durch bare Vorschüsse stärken müssen, was er vor dem Inkrafttreten des Bankdepotgesetzes nicht nötig hatte.

In der eben angedeuteten Richtung — Anlegung von nur zwei Konten im Verkehr — liegen die durch das Bedürfnis des Geschäftslebens gebotenen Beschlüsse der Vereinigung Berliner Banken und Bankinstitute v. 21. 7. 1896, von Rießer in der Anlage 6 auf S. 111 mitgeteilt. Die leitende Absicht war dabei nicht, das Gesetz zu umgehen, sondern vielmehr ihm gerecht zu werden.[2])

c) Das Verfügungsrecht des Lokalbankiers nach Abgabe der durch § 8 Abs. 1 vorgeschriebenen Erklärung.

Hat sich der Lokalbankier durch die Mitteilung, daß die Papiere fremde sind, seines Verfügungsrechts begeben, oder kann er nachträglich die Papiere dem uneingeschränkten Pfandrecht des Zentralbankiers unterwerfen, indem er diesem mitteilt, die Papiere seien nicht mehr als fremde zu betrachten? Kann er insbesondere den Zentralbankier wirksam auffordern, die Papiere von Depot B in das Depot A zu legen?

Nehmen wir z. B. an, es liegen Kundenpapiere im Depot B, die noch unverkauft sind. Vor dem Verkaufe zieht der Kunde den Auftrag zurück. Er will aber die Papiere beim Zentralbankier liegen lassen und ermächtigt deshalb den Lokalbankier, etwa um dessen Kredit zu unterstützen, nicht nur den Auftrag, sondern auch die Mitteilung mit ihrer beschränkenden Wirkung rückgängig zu machen. Ist dies möglich?

Das Reichsgericht vertritt in dieser Beziehung im Interesse des Publikums einen strengen Standpunkt (Bd. 41 S. 32 ff., Entsch. v. 16. 2. 1898).[1]) Es lehnt die Auffassung ab, daß der

---

[1]) Ausführlich hierzu Rießer S. 74 ff.; v. Pechmann S. 45; Lusensky S. 90, 91.

[2]) Diesem Standpunkt schließt sich Dü.-Ha. Bd. 3 S. 420 an.

erste Kommissionär, der die Mitteilung abgegeben habe, noch im Besitze des vollen Verfügungsrechts sei. Dem Zentralbankier müsse vielmehr das Verfügungsrecht vom Lokalbankier besonders nachgewiesen werden, oder er müsse redlicherweise annehmen dürfen, daß der Lokalbankier zur Verfügung berechtigt sei. Übrigens brauche sich der Zentralbankier auf eine Prüfung der ihm von seinem Auftraggeber vorgelegten Nachweise nicht einzulassen. Er könne die damit für ihn verbundene Gefahr ablehnen und seinem Auftraggeber überlassen, die Papiere nach Bezahlung der Forderungen, für die sie haften, zurückzuziehen. Mit diesem strengen Standpunkt ist nicht viel gewonnen. Man kann dem Lokalbankier den kleinen Umweg ersparen, daß er sich die Papiere des Kunden am Schalter B ausliefern läßt und am Schalter A ohne die Mitteilung, sie seien fremde, wieder einliefert.[1]) Denn dazu ist er auch nach der Auffassung des Reichsgerichts berechtigt. Dem Kommissionär Nr. 1 bleibt vielmehr das volle Verfügungsrecht auch nach Abgabe der Mitteilung, die oben gestellte Frage ist zu bejahen.[2]) Anderenfalls würden die Papiere, wie Rießer richtig bemerkt,[3]) herrenloses Gut werden. Es ist gleichgültig, ob dem Zentralbankier die Berechtigung zur Verfügung dargetan ist oder ob er die nachträgliche Verfügung in Ermanglung jeglicher Nachweise nur deshalb zu befolgen hätte, weil sie im Interesse des Kunden liegt,[4]) der Zentralbankier muß im Gegenteil allen Weisungen des Lokalbankiers strikte nachkommen, wenn ihm nicht sehr erhebliche Zweifel aufsteigen. Es ist auch hier wiederum zu betonen, daß der Zentralbankier schwerlich die Berechtigung seines Auftraggebers prüfen kann. In der Mehrzahl der Fälle ist er allein auf die Angaben des Lokalbankiers angewiesen, insbesondere auch auf dessen Angaben, die den Berechtigten betreffen. Gegen unzuverlässige Bankiers vermag auch dieses Gesetz nicht immer

---

[1]) Rießer 1. Aufl. S. 51.

[2]) Cosack S. 181 Nr. 8; Rießer S. 82 ff.; v. Pechmann S. 47 (er spricht von Rießers unwiderleglichen Ausführungen); Lehmann-Ring Bd. 2 S. 249 Nr. 8; Staub Bd. 2 S. 1782; Lusensky S. 89.

[3]) Rießer 1. Aufl. S. 49.

[4]) Dü.-Ha. Bd. 3 S. 420.

wirksam zu schützen; und wenn das Hauptgewicht auf der Persönlichkeit des Lokalbankiers liegt, so hat die Pflicht der Prüfung, ob dieser Vertrauen verdient, in erster Linie der Kunde. Der Zentralbankier darf bis zur Kenntnis vom Gegenteil annehmen, daß er es mit einem Auftraggeber zu tun hat, dessen Weisungen er unbedenklich nachkommen darf.[1])

Eine Ausnahme dürfte vielleicht für den Fall zu machen sein, daß der Lokalbankier bei Weitergabe der Verkaufskommission dem Zentralbankier die Papiere nicht nur als fremde bezeichnet, sondern außerdem den Namen des Eigentümers oder sonstigen Berechtigten genannt hat.[2]) Die Namensnennung könnte man als einen Verzicht des Zwischenkommissionärs auf sein Verfügungsrecht auffassen, so daß der Zentralbankier nachträgliche Weisungen des Lokalbankiers mit Vorsicht aufnehmen müßte.

f) Der Schutz des Publikums.

Der durch § 8 gewährleistete Schutz des Publikums ist bei regelmäßiger, schneller Abwicklung der Verkaufskommission verhältnismäßig gering.

1. Fällt der Zwischenkommissionär in Konkurs, während die Papiere noch unverkauft beim Zentralbankier lagern, so kann der Kunde nach Befriedigung der etwa in bezug auf seine Papiere entstandenen Forderungen entweder kraft seines Eigentums die Papiere unmittelbar vom Zentralbankier herausverlangen (§ 985 BGB.) oder sich nach § 392 Abs. 1 u. 2 HGB. die Ansprüche des Lokalbankiers auf Herausgabe der unverkauften Papiere von der Konkursmasse abtreten lassen.[3]) [4])

---

[1]) Rießer S. 84.

[2]) Rießer 1. Aufl. S. 49 Anm. 1.

[3]) Rießer S. 86/87.

[4]) Wenn Rießer (1. Aufl. S. 52) sagt, durch das BDG. sei für diesen Fall keine Änderung gegen den früheren Rechtszustand eingetreten, so übersieht er u. E., daß für den Fall der Existenz einer laufenden Rechnung ein Unterschied zu machen ist. Würde § 8 Abs. 2 nicht existieren, so könnte der Zentralbankier die Papiere des Kunden bis zur Tilgung sämtlicher Schulden des Zwischenkommissionärs zurückbehalten. Das ist jetzt nach § 8 Abs. 2 BDG. ausgeschlossen.

2. Sind dagegen die Papiere bereits verkauft und hat der Zentralbankier dem Lokalbankier den Erlös bezahlt, wozu er vollkommen befugt ist, so ist der Kunde lediglich auf eine Ersatzforderung an die Konkursmasse angewiesen, die er nur als einfacher Konkursgläubiger geltend machen kann.[1])

3. Ist der Kaufpreis der bereits verkauften Papiere noch nicht berichtigt, so hat der Kunde zwar einen Anspruch auf Abtretung der Kaufpreisforderung an den hauptstädtischen Bankier. Der Anspruch wird aber meist ohne Wert sein, weil der Zentralbankier gegen diese Forderungen mit den Forderungen, die er selbst an die Konkursmasse hat, nicht nur, soweit sie bezüglich der fraglichen Papiere entstanden sind, aufrechnen kann (§ 47 KO.).[2])

Immerhin hat man den durch § 8 gegebenen Schutz für genügend erachtet. Der Regierungsentwurf zum Bankdepotgesetz hatte, wie bereits mehrfach erwähnt, die Mitteilungspflicht nicht auf die Weitergabe einer Verkaufskommission erstrecken wollen und begründete dies damit: „Es werde der Revision des Handelsgesetzbuchs vorbehalten bleiben müssen, die Frage zu entscheiden, ob nicht durch eine gewisse Einschränkung des gesetzlichen Pfandrechts des Kommissionärs oder des Schutzes für den gutgläubigen Erwerb dieses Pfandrechts die Interessen dritter Personen in den Fällen der Einkaufs- und Verkaufskommission besser gewahrt werden könnten".[3])

Dieser Anregung war zwar im vorläufigen Entwurfe zum Handelsgesetzbuch (Kommissionsentwurf) stattgegeben worden. § 340 Abs. 1 dieses Entwurfs bestimmte: „Gehört das Gut nicht dem Kommittenten, so entsteht das Pfandrecht nur wegen der Forderungen des Kommissionärs aus der das Gut betreffenden Kommission". Diese Vorschrift wollte also das Pfandrecht ohne Rücksicht auf die in § 8 vorgeschriebene Mitteilung auf konnexe Forderungen beschränken, sofern das Gut dem Kommittenten nicht gehörte. Infolge der vielen Angriffe, die dieser Paragraph in der Beratung der Sachverständigenkommission erfahren hatte,

---

[1]) Rießer S. 87; Lusensky S. 94.
[2]) Rießer S. 87; Lusensky S. 94; RG. Bd. 32 S. 42.
[3]) v. Pechmann S. 37.

wurde er schon in den 1. Entw. des neuen Handelsgesetzbuchs nicht aufgenommen.[1]) Dazu bemerkt die Denkschrift (S. 239/40):

„Durch die Bestimmung der §§ 8 u. 9 BDG. wird der Kommittent in wirksamer Weise gegen die Gefahr geschützt, daß seine Wertpapiere für sämtliche Schulden des Zwischenkommissionärs aus dessen Geschäftsverbindung mit dem letzten Kommissionär haften. Es liegt daher keine Veranlassung vor, das gesetzliche Pfandrecht des gutgläubigen Kommissionärs einer weiteren Einschränkung zu unterwerfen".

§ 9.

Die Entstehung des Pfandrechts, insbesondere dessen Rang.

A. I. Im allgemeinen entsteht das gesetzliche Pfandrecht in dem Augenblick, in dem die seine Existenz bedingenden rechtlichen Erfordernisse zusammentreffen; das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs also, sobald ein gültiger Kommissionsvertrag vorhanden und das Gut im Besitze des Pfandgläubigers ist. Daß die Forderung, auf Grund deren die Geltendmachung des Pfandrechts statthaft ist, bereits existiert und klagbar ist, wird, wie bereits festgestellt, nicht erfordert. Ist der Abschluß des Kommissionsvertrags aufschiebend befristet oder bedingt, so wird der Zeitpunkt des Entstehens des gesetzlichen Pfandrechtes entsprechend hinausgerückt.[2]) Der gute Glaube des Kommissionärs, der das Pfandrecht trotz mangelnder Berechtigung des Kommittenten entstehen läßt, muß also in dem Moment, in dem das gesetzliche Pfandrecht an sich entstehen würde, vorhanden sein.[3]) Ursprünglich vorhandene oder nachträglich eintretende mala fides schadet nicht.[4]) Wenn z. B. der Kommissionär von einem Dritten eine Sache zur einstweiligen Verfügung erhielt und zu dieser Zeit wußte,

---

[1]) Darüber ausführlich Dü.-Ha. Bd. 3 S. 419. Dort findet sich auch der Wortlaut des § 340 Abs. 1 des vorläufigen Entwurfs.

[2]) Neuburger S. 24 Anm. 3.

[3]) Dü.-Ha. Bd. 2 S. 464.

[4]) Biermann S. 140.

daß sie dem Dritten nicht gehörte, nachträglich aber mit ihm über diese Sache einen Kommissionsvertrag abschließt, so erwirbt er ein Pfandrecht an ihr, wenn er bei Abschluß des Vertrags gutgläubig annahm, der Dritte sei in der Zwischenzeit aus irgendeinem Grunde, z. B. durch Erbfall, Eigentümer des Gutes geworden.

II. Wir haben bereits im § 4 der Abhandlung am Ende angedeutet, daß es für den redlichen Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts des Kommissionärs auch von Wichtigkeit ist, in welcher Weise er den Besitz des Gutes erlangt. Dieser Hinweis bedarf einer näheren Ausführung.

Die §§ 1205, 1206 BGB., die die vertragsmäßige Verpfändung regeln, betonen, daß zur Entstehung des Pfandrechts der Besitz der Pfandsache erforderlich ist, diesem Erfordernis kann jedoch nach diesen Paragraphen außer im Wege der Übergabe der Sache noch auf andere Weise genügt werden. § 1207, der von der Verpfändung seitens eines Nichtberechtigten handelt, enthält nun gewisse Einschränkungen, die dazu dienen sollen, 1. „den wirklichen Eigentümer zu schützen, 2. aber auch den Erwerber als völlig unbefangen erscheinen zu lassen und soweit seinen Schutz durch das Gesetz zu rechtfertigen".[1])

III. Die durch § 366 Abs. 3 HGB. vorgeschriebene Anwendung des § 1207 auf den gutgläubigen Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts des Kommissionärs ergibt:

a) Übergibt der Kommittent dem Kommissionär das Gut zu mittelbarem oder unmittelbarem Besitz[2]) bei oder nach Abschluß des Kommissionsvertrags, so erwirbt der Kommissionär, vorausgesetzt, daß er gutgläubig ist, trotz Nichtberechtigung des Kommittenten ein Pfandrecht im Augenblicke der Übergabe (§§ 1207, 1205 Abs. 1 Satz 1). Dem steht gleich, wenn das Gut an einen Besitzdiener des Kommissionärs ausgehändigt wird,[3]) wenn die Übergabe des Gutes durch Aushändigung eines auf den Kommissionär lautenden oder in blanco indossierten Warenpapiers

---

[1]) Neuburger S. 24.
[2]) Biermann S. 136; Neuburger S. 27.
[3]) Biermann S. 433; Staudinger S. 840.

erfolgt [1]) oder wenn an Stelle der Übergabe die Einräumung des Mitbesitzes tritt (§ 1206 BGB.).

Die Einräumung des Mitbesitzes kann sich entweder als Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes darstellen, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Kommittenten befindet, oder als Einräumung des mittelbaren, wenn die Sache sich im Besitze eines Dritten befindet und ihre Herausgabe nur an Kommittenten und Kommissionär gemeinsam erfolgen kann. Wie der nach § 1206 erfolgende vertragsmäßige Pfandrechtserwerb unter dem Schutze des guten Glaubens steht — das ergibt die Stellung des § 1206 im Gesetz (vor § 1207!) [2]) —, so hat dies auch für den Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts zu gelten.

b) 2. Möglichkeit nach § 1205 Abs. 1 Satz 2: Der Kommissionär befindet sich vor Abschluß des Vertrags bereits im Besitze der Sache, gleichgültig ob im mittelbaren oder unmittelbaren. [3]) Bei dieser Sachlage erwirbt der Kommissionär das Pfandrecht unter den üblichen Voraussetzungen nur dann, wenn er den Besitz seinerzeit vom Kommittenten erlangt hatte (§ 1205 Abs. 1 Satz 2 mit § 932 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

c) Ist der Kommittent mittelbarer Besitzer und er überträgt dem Kommissionär den mittelbaren Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 870 BGB.), so wird der Kommissionär zur Zeit der Abtretung Pfandgläubiger (§ 1205 Abs. 2 mit § 934 BGB.). Der Schutz des Dritten (unmittelbaren Besitzers) liegt in dem noch zu besprechenden § 1208 verbunden mit § 936. [4])

B. Der Rang des gesetzlichen Pfandrechts.

I. Im allgemeinen gilt bezüglich des Rangs sowohl der vertragsmäßigen wie der gesetzlichen Pfandrechte, daß hierfür der Zeitpunkt der Bestellung bezw. der Entstehung maßgebend ist (§§ 1209, 1257 BGB.), und zwar auch dann, wenn die Bestellung

[1]) Biermann S. 433; Staudinger S. 845.

[2]) Biermann S. 436; Staudinger S. 845; Planck Bd. 3 § 1208c S. 754; a. M. Dü.-Ha. Bd. 2 S. 406.

[3]) Staudinger S. 841; Biermann S. 137; Fischer-Henle § 930 Anm. 1 S. 497; a. M. Meilhaus S. 76.

[4]) Staudinger S. 841.

für eine künftige oder bedingte Forderung erfolgt (§ 1204 Abs. 2 BGB.). Wenn also der Kommissionär einem Dritten vertragsmäßig ein Pfandrecht bestellt, so rangiert es hinter dem gesetzlichen Pfandrecht, mag auch die Forderung, deren Existenz die Geltendmachung des gesetzlichen Pfandrechts bedingt, später entstehen als die Forderung, zu deren Sicherung das vertragsmäßige Pfandrecht bestellt ist. Das ergibt sich eben daraus, daß das gesetzliche Pfandrecht bereits mit Abschluß des Vertrags an den Sachen, die in den Besitz des Kommissionärs gelangen, ohne Rücksicht darauf, ob bereits Forderungen vorhanden sind, entsteht.[1])

II. Eine Abweichung von dem Grundsatze: „prior tempore, potior jure" besteht allerdings für die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts gemäß § 443 HGB. Die Möglichkeit einer Konkurrenz mehrerer gesetzlicher Pfandrechte ergibt sich ja daraus, daß sie nicht Gewahrsam oder unmittelbaren Besitz des Pfandgläubigers voraussetzen.[2]) Der Spediteur z. B. hat das Pfandrecht kraft unmittelbaren, der Kommissionär kraft mittelbaren Besitzes. Nach § 443 HGB. sind bei den gesetzlichen Pfandrechten des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers zwei Rangklassen zu unterscheiden[3]):

a) In die erste Klasse gehören alle die Pfandrechte, die durch die Versendung oder Beförderung des Gutes entstanden sind. Dazu gehört auch das Pfandrecht des Kommissionärs, insoweit es auf Forderungen beruht, die aus Bemühungen und Aufwendungen für die Verpackung, Umpackung, Verladung und Lagerung des Gutes erwachsen sind (§ 443 Abs. 1).

b) In der zweiten Klasse rangieren alle nicht in die erste Klasse gehörigen Pfandrechte, insbesondere auch das des Kommissionärs wegen aller seiner Forderungen, ausschließlich der zu a) erwähnten: wegen seiner Provision, für Wertvorschüsse, Darlehen, die er auf das Gut gegeben hat, so aber auch die Pfandrechte des Spediteurs und Frachtführers für Vorschüsse (§ 443 Abs. 2).

---

[1]) Dü.-Ha. Bd. 2 S. 492.

[2]) Staub Bd. 2 S. 1893 § 443; Makower Bd. 2 S. 1566 § 443.

[3]) Staub a. a. O.; Lehmann S. 557.

c) Die Pfandrechte der ersten Klasse gehen denen der zweiten Klasse stets vor, gleichgültig ob sie vor oder nach diesen entstanden sind. Innerhalb der ersten Klasse geht das jüngere dem früher entstandenen vor,[1]) während innerhalb der zweiten Klasse Altersvorrang gilt.

III. Entsprechend dem § 1207 BGB. enthält § 1208 Bestimmungen, die Abweichungen von den für den Rang geltenden allgemeinen Grundsätzen normieren. § 1208 BGB. sagt:

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht dem Rechte vor, es sei denn, daß der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist. Die Vorschriften der §§ 932 Abs. 1 Satz 2, 935 u. 936 Abs. 3 finden entsprechende Anwendung. Die auf der Sache lastenden Rechte Dritter erlöschen also nicht wie beim gutgläubigen Eigentumserwerb nach § 936 BGB., sie treten aber hinter das neu entstehende Pfandrecht zurück.[2])

a) Treffen mehrere handelsrechtliche gesetzliche Pfandrechte zusammen, so bringt § 1208 nichts Neues für den Fall, daß das neuentstandene Pfandrecht des Kommissionärs nach § 443 Abs. 1 HGB. in die erste Klasse gehört, denn es geht bereits nach § 443 HGB. 1. den Pfandrechten zweiter Klasse vor, 2. aber auch außerdem innerhalb der ersten Klasse den früher entstandenen, wie bereits hervorgehoben wurde.

b) Im übrigen gilt das zu § 1207 Ausgeführte entsprechend für § 1208.

1. Wird das Gut dem Kommissionär bei oder nach Abschluß des Kommissionsvertrags übergeben, so hat das Pfandrecht des Kommissionärs den Vorrang vor anderen Rechten. Das gilt auch bei der Übergabe eines Warenpapiers; nicht § 934, sondern § 932 ist entsprechend anzuwenden. Auf dem Gute lastende Drittrechte treten zurück, obwohl der Kommissionär nur mittelbarer Besitzer des Gutes wird.

2. Tritt an die Stelle der Übergabe die Einräumung des Mitbesitzes nach § 1206 BGB., so gilt der Schutz des § 1208 ebenfalls uneingeschränkt.[1])

---

[1]) Staub Bd. 2 § 366 Anm. 54 S. 1348; Staudinger S. 847.

[2]) Planck Bd. 3 S. 755.

c) Die nach § 1208 Satz 2 geltenden Einschränkungen:

1. Hatte der Kommissionär den Besitz des Gutes bereits vor dem Abschlusse des Kommissionsvertrags, so geht das Pfandrecht dem Rechte des Dritten nur dann vor, wenn er den Besitz des Gutes seinerzeit vom Kommittenten selbst erlangt hatte (§ 932 Abs. 1 Satz 2).

2. Ist die Sache dem Vorbesitzer oder dessen Besitzmittler gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so geht das Recht des Vorbesitzers stets vor, ausgenommen den Fall, daß Geld oder Inhaberpapiere Gegenstand der Kommission sind (§ 935 Abs. 1 u. 2). Dabei ist an folgende Sachlage zu denken: Das Gut, das sich im Besitze des Dritten, z. B. des Nießbrauchers, befand, wird diesem gestohlen und kehrt zum Eigentümer zurück (dieser nimmt es dem Dieb ab). Der Eigentümer übergibt dann das Gut dem Kommissionär.[1])

3. Wird endlich eine im unmittelbaren Besitze eines Dritten befindliche Sache durch Übertragung des mittelbaren Besitzes an den Kommissionär in dessen Besitz gebracht, so behalten die Rechte des unmittelbaren Besitzers den Vorrang vor dem Pfandrechte des Kommissionärs (§ 936 Abs. 3 BGB., vgl. aber auch hierzu § 443 HGB.). Als Rechte im Sinne des § 1208 kommen gesetzliche, vertragsmäßige Pfändungspfandrechte und Nießbrauch in Betracht.[2])

---

[1]) So genau Planck Bd. 3 S. 755; Staudinger S. 847. Ungenau die meisten, z. B. Biermann S. 436; Neuburger S. 94; Kretzschmar S. 643, die nicht klar hervortreten lassen, daß bei Anwendung des § 1208 BGB. die Sache dem Eigentümer selbst nicht gestohlen sein darf. Denn in diesem Falle ist nach § 1207 BGB. die Entstehung des Pfandrechts überhaupt nicht, am allerwenigsten aber mit Vorrang vor anderen Rechten möglich.

[2]) vgl. Anm. 1 S. 17.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.